



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGON**

**EL DERECHO DE ASUMIR LA TUTELA CUANDO  
EXISTE EXCUSA DE LOS ASCENDIENTES A  
EJERCER LA PATRIA POTESTAD**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**SUSANA CASTAÑEDA MORALES**

**ASESOR: LIC. CESAR OCTAVIO GALINDO GORDILLO**

**MEXICO,**

**1997.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**A MIS PADRES**

**GLORIA MORALES GARCÍA  
SALVADOR CASTAÑEDA JIMÉNEZ**

Por sus sabios consejos, hermoso ejemplo y prominente respaldo que me han brindado para lograr una formación personal y profesional.

**A MIS HERMANOS**

**SALVADOR, MINERVA, GLORIA JAZMÉN,  
JUAN, RICARDO, EDITH, FRANCISCO,  
MIGUEL Y OLIVIA BETZABETH**

Al brindarme su preponderante apoyo y cariño

**A MIS AMIGOS**

**LIC. J. REFUGIO HERNÁNDEZ ROJAS  
SRA. MARÍA ESTHER PINEDA MONROY**

Por su gran apoyo e invaluable amistad.

### **A MI ASESOR Y AMIGO**

**LIC. CESAR OCTAVIO GALINDO GORDILLO**

Hago presente mi mayor agradecimiento por haber tenido la disposición de dirigirme y proporcionarme su valiosa instrucción en la elaboración del presente trabajo.

### **A MIS SINODALES**

**LIC. JOSÉ LUIS BENÍTEZ LUGO  
LIC. CÉSAR OCTAVIO GALINDO GORDILLO  
LIC. RUBÉN GARCÍA GARCÍA  
LIC. IGNACIO CASTELLANOS GONZÁLEZ  
LIC. RODOLFO CALVILLO POPOCA**

Al proporcionarme sus sabios conocimientos, que me llevaron a la culminación de ésta tesis.

### **A LA UNIVERSIDAD**

Por brindarme uno de los tesoros más preciados en la vida del ser humano, la educación profesional.

**EL DERECHO DE ASUMIR LA TUTELA CUANDO EXISTE EXCUSA DE LOS  
ASCENDIENTES A EJERCER LA PATRIA POTESTAD.**

**ÍNDICE.**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

**CAPÍTULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES.**

<b>1.1. La familia y el parentesco.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2. La patria potestad.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. La tutela.....</b>	<b>25</b>
<b>1.4. La custodia y adopción.....</b>	<b>34</b>

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.**

<b>2.1. La patria potestad en nuestra legislación.....</b>	<b>42</b>
<b>2.1.1. Efectos que produce.....</b>	<b>45</b>
<b>2.1.2. Personas que la ejercen.....</b>	<b>50</b>
<b>2.1.3. Adquisición, suspensión y terminación.....</b>	<b>53</b>

2.2. La tutela en nuestra legislación.....	60
2.2.1. Tipos de tutela.....	60
2.2.1.1. Testamentaria.....	61
2.2.1.2. Legítima.....	64
2.2.1.3. Dativa.....	67
2.2.2. Procedencia, extinción y excusación.....	70
2.3. Estudio comparativo de la tutela y patria potestad.....	78
2.4. Guarda y custodia del menor.....	80

### **CAPITULO TERCERO.**

#### **LA PROCEDENCIA DE SOLICITAR LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD EN FORMA SIMULTÁNEA.**

3.1. La excusación de la patria potestad.....	84
3.1.1. Estado económico deficiente.....	86
3.1.2. La voluntad de los ascendientes que establecen las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil (abuelos paternos y maternos).....	92
3.2. Solicitud de la tutela de manera indistinta o simultánea en relación con quienes pueden ejercer la patria potestad.....	96

<b>3.3. Solicitud de la tutela por inexistencia de persona que ejerza la patria potestad.....</b>	<b>103</b>
<b>3.3.1. Fallecimiento.....</b>	<b>104</b>
<b>3.3.2. Excusa.....</b>	<b>104</b>
<b>3.4. Designación de la tutela o patria potestad con base en los artículos 420, 448 y 449 del Código Civil y sus modificaciones.....</b>	<b>106</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>110</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>113</b>
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>117</b>
<b>DIVERSAS FUENTES CONSULTADA.....</b>	<b>118</b>

## INTRODUCCIÓN

En la vida cotidiana se dan casos en que los padres que tienen hijos menores, fallecen o incurrir en hechos que ocasionan la pérdida de la patria potestad quedando los menores momentáneamente al cuidado de los hermanos mayores, quienes desean hacerse cargo de ellos de manera definitiva, circunstancia lógica si se considera que normalmente los hermanos crecen, conviven y se educan en el mismo ámbito familiar y social, por ello tienen comunicación, confianza y fuertes lazos afectivos. Sin embargo la legislación civil vigente señala que solo se puede solicitar la tutela legítima cuando no exista persona alguna que pueda ejercer la patria potestad o habiéndola se encuentren impedidos para ello.

El objeto central del presente trabajo, es analizar la conveniencia de solicitar legalmente la tutela legítima por parte de los hermanos mayores de edad y la patria potestad por parte de los abuelos, en el supuesto que los padres de un menor estén impedidos para ejercer la patria potestad o fallezcan, debiendo facultar al Juez de lo Familiar para que resuelva otorgar una u otra institución de acuerdo a las circunstancias del caso, pudiendo conceder el ejercicio de la tutela legítima, aún existiendo los abuelos quienes pueden ejercer la patria potestad. Por otra parte, también se estudia la factibilidad de que se contemplan como excusas de los abuelos para el ejercicio de la patria potestad, la voluntad y la capacidad económica deficiente.

A fin de lograr la meta propuesta, se analizan de manera general los conceptos de familia, parentesco y filiación, estudiando su origen, evolución y características actuales, considerando a la familia como núcleo de toda sociedad y resaltando la gran importancia que tienen las relaciones de parentesco y filiación en la preservación de la institución familiar, relaciones que han pasado a ser, de un origen de carácter natural a una relación de tipo jurídico con sus consecuentes derechos y obligaciones.

Nuestra legislación contempla como figuras jurídicas de asistencia y protección de los menores, a la patria potestad, a la tutela y a la adopción, por lo que, en el segundo capítulo de éste trabajo, se hace un análisis más detallado de estas instituciones abordando aspectos como su definición, evolución, naturaleza jurídica y características de cada una de ellas. También se hace referencia, en cada una de las instituciones, a las normas jurídicas respecto a la procedencia, adquisición, suspensión y terminación, mencionándose también los tipos de tutela que la ley establece. En virtud de que las citadas instituciones de asistencia y protección, persiguen esencialmente el mismo fin, se realiza un breve estudio comparativo entre la tutela y la patria potestad.

Resultado del análisis efectuado, en el desarrollo del presente trabajo y bajo el supuesto de que las leyes siempre deben estar acordes a los cambios socioeconómicos, el Capítulo Tercero contiene una propuesta personal de modificaciones al ordenamiento civil vigente en el Distrito Federal que prevea la posibilidad, de que en igualdad de circunstancias tanto los hermanos, como los abuelos, de un menor desamparado, simultáneamente puedan solicitar los primeros la tutela y los segundos la patria potestad, dándose preferencia a quien acredite tener mayor comunicación y afecto con el menor, y contar con estabilidad social y solvencia económica, lo anterior

con el objeto de proporcionar al menor un ámbito familiar similar al que tenía con sus padres y así pueda lograr un buen desarrollo físico, psicológico y social.

Se pone a consideración también, la propuesta de que se agreguen como excusas para el ejercicio de la patria potestad, solo en el caso de los abuelos paternos y maternos, el estado económico deficiente cuando no cuenten con la estabilidad económica suficiente para satisfacer las necesidades mínimas del menor, así mismo, se considere también la voluntad para hacerse cargo del menor únicamente en los casos en que exista otra persona idónea que solicite la tutela, esto para evitar que el menor sea separado de su hogar y puesto bajo el cuidado de personas con quienes jamás ha convivido y que no le tienen ningún tipo de afecto o cariño, propiciando la desintegración familiar.

Se espera que el presente trabajo sea de utilidad para quien se interese en el tema, y sirva para despertar la inquietud respecto a la manera en que se regulan las relaciones familiares, ya que este tipo especial de relaciones desde sus orígenes se presentan de manera natural por vínculos de parentesco, con características diferentes en cada familia.

## CAPÍTULO PRIMERO

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. LA FAMILIA Y EL PARENTESCO.

La familia es como una pequeña sociedad, que constituye el elemento central de todos los grupos sociales no importando su grado de complejidad ya que son integrantes de cualquier nación o país. Todo ser humano inicia su desarrollo físico, psicológico y social dentro del seno de ese grupo llamado familia, que le brinda protección, seguridad y le proporciona las directrices que guiarán su vida futura en todos los aspectos. Es de notarse el profundo interés de los gobiernos por proteger la institución familiar, situación que tiene diversas razones, tomando en cuenta que el estado se compone de tres elementos principales que son el territorio, el gobierno y la población, éste último elemento compuesto por individuos de todo tipo, algunos con sólidos principios que adquieren en el ámbito familiar durante los primeros años de vida, y que se van fortaleciendo mediante la formación educativa, aunque cabe mencionar que en todas las etapas de la vida siguen existiendo fuertes vínculos familiares afectivos que determinan el comportamiento del individuo dentro de la sociedad, si éstos son positivos el Estado contará con hombres y mujeres productivos y socialmente adaptados o por el contrario se convertirán en seres desintegrados de la sociedad y perjudiciales al país, que de cierta manera frenan el desarrollo económico, político y cultural.

## CONCEPTO DE FAMILIA

De acuerdo al autor Antonio de Ibarrola, el origen etimológico de la palabra familia procede de famel, femes o famesque que significa hambre, famulos son los que moran con el señor de la casa y faamat que significa habita, también se dice que procede del sánscrito vama, hogar, habitación que indica y comprende a la mujer, hijos adoptivos y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (cevi), llamando, familia y familia al conjunto de todos ellos.<sup>1</sup>

La familia según Messineo "es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico) que constituyen un todo unitario".<sup>2</sup>

Para Bonnacase "es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia."<sup>3</sup>

Por otra parte, también se dice que "La familia es el conjunto de personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco, de adopción, de afinidad y según algunos de afiliación."<sup>4</sup>

De acuerdo a los autores antes mencionados podemos decir que la familia es el grupo de dos o más personas ligadas por un vínculo de parentesco, que puede ser tipo consanguíneo, de afinidad o civil, encontrándose regido dicho grupo por reglas de derecho de carácter personal y patrimonial.

---

<sup>1</sup> Derecho de familia: p. 2

<sup>2</sup> MESSINEO, FRANCESCO.- Manual de derecho civil y comercial: p.29

<sup>3</sup> BONNACASE, JULIEN.- Elementos de derecho civil. T. I: p. 498.

<sup>4</sup> BRANCA, GIUSEPPE.- Instituciones de derecho privado: p. 110.

## REFERENCIAS HISTÓRICAS.

La institución de la familia ha sufrido desde sus inicios, un proceso de evolución que la ha llevado a ser la que ahora conocemos, y se dice que el origen de la familia es aún anterior al derecho y al hombre mismo. Se afirma que por razones de seguridad, protección y ayuda recíproca, existió entre los primates, una unión relativamente duradera entre el macho y la hembra, grupo fundado exclusivamente en el hecho biológico de la generación por lo que sólo incluye al macho a la hembra y a su descendencia. Entre los pueblos salvajes o primitivos la forma más común era una organización construida alrededor del grupo formado, también por el esposo la mujer y la prole. En los pueblos primitivos de cazadores o trashumantes, la familia normalmente estaba constituida por un varón y una o más hembras e hijos y en algunas ocasiones por unos pocos parientes que se agregaban para obtener protección y ayuda del jefe del núcleo y a cambio colaboraban en las labores propias del pastoreo y la caza. En los grupos sedentarios (tribus o clanes) que se dedicaban al pastoreo, la caza y además la agricultura, los lazos de cohesión o parentesco entre los miembros del grupo, se consolidaron y se expandieron un poco porque a la motivación de orden biológico y económico, se agregó un aspecto de orden religioso, ya que los miembros de un clan consideraban descender de un antepasado común lejano que podía ser un animal o una planta (tótem) y todos los miembros del clan se consideraban entre sí parientes, por ello estaba severamente prohibido el incesto o sea la relación sexual y el matrimonio entre los miembros del clan.

En Roma la familia se organizó bajo un régimen patriarcal y monogámico, el paterfamilias era el jefe absoluto y único dueño del patrimonio familiar, el grupo de parientes constituían una unidad, a la vez, religiosa, política y económica fundada en el parentesco consanguíneo, por la línea paterna o en la agnación (mujer, hijos, hijos adoptivos y aún servidores domésticos. Ya durante la época feudal, considerando el matrimonio como

sacramento por la iglesia católica influyeron en la estructura de la familia dos elementos decisivos: el individualismo germánico que considera a cada agrupación doméstica feudal, con independencia de las otras organizaciones familiares y de otros feudos, y de las ideas cristianas imponiendo a los padres la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos. Finalmente, la familia moderna esta formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre los hijos y los nietos que habitan con ellos, fuera de éste grupo ya no subsiste, por lo menos con el mismo rigor, el antiguo lazo de familia extensa.<sup>5</sup>

Actualmente, la familia puede verse desde diversos puntos de vista: considerando el punto de vista biológico, involucra a todos aquellos que por el hecho de descender unos de otros o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre; desde el punto de vista sociológico se puede decir que es una institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda; desde el punto de vista jurídico atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación que se conoce como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros, desde esta perspectiva jurídica la simple pareja constituye una familia porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos, también constituyen parte de la familia sus descendientes aún cuando lleguen a faltar sus progenitores.<sup>6</sup>

Como se ha mencionado, a la familia se le considera como la célula primaria de la sociedad, esto es, como el núcleo inicial de toda organización social, por ser el medio en que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social, y en consecuencia se dice también que la familia es la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas del desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y crece y aún en la familia que posteriormente forma al contraer matrimonio.

<sup>5</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- *Derecho civil primer curso*: pp. 428-432.

<sup>6</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ.- *Derecho de familia y sucesiones*: pp. 8, 9.

Por sus características, la familia es un ente de gran importancia tanto para el desarrollo personal del individuo que le permite vivir en un marco de seguridad psicológica, social y económica, así como para el Estado mismo el cual necesita de una base de organización social que le pueda servir como punto de partida para fundar sus propias instituciones, y como lo señala el autor Juan Antonio González, la familia tiene una importancia capital y "...es la base necesaria de las organizaciones sociales y, como consecuencia, el fundamento mismo del estado, al cual históricamente precede."<sup>7</sup>

Debido a la gran importancia que tienen las relaciones de carácter personal y patrimonial que se generan en la familia, mismas que crean derechos y obligaciones, reales y personales, ha sido necesario que el Estado se aboque a crear normas que regulen estos aspectos, generándose así lo que se conoce como derecho de familia el cual forma parte del derecho civil y que se encarga de regular la constitución del citado organismo y las relaciones que se dan entre sus miembros.

Al derecho de familia, no pueden aplicarse los principios y conceptos propios del derecho privado, por consiguiente debe ser estudiado sistemáticamente fuera del campo de derecho privado. Por otra parte no debe incluirse en el derecho público si éste es el del Estado y el de los demás entes públicos. La familia no es ente público, no porque no este sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son intereses de la generalidad. Por tanto, al derecho de familia se le puede asignar un lugar independiente en la distinción preestablecida de derecho público y derecho privado; esto es, que la bipartición podría ser substituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO.- Elementos de derecho civil: p. 73.

<sup>8</sup> MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO SAVALETA.- Comentarios al código civil: pp. 315, 316.

Como puede observarse de lo expuesto anteriormente, la institución de la familia aparece como una sociedad natural que toma como base los lazos de consanguinidad, siempre con un dirigente o cabeza de familia que es quien coordina y controla la relación entre los miembros de esta, debiendo destacarse también, que el núcleo familiar persigue intereses de seguridad protección y ayuda reciproca. Todas estas características le permiten constituirse como una pequeña sociedad autónoma, con sus propias normas de organización y conducta que al reflejarse en la sociedad estatal, producen consecuencias importantes que la han llevado a ser considerada como el núcleo de toda sociedad.

A fin de asegurar la permanencia de esta institución tan importante y al mismo tiempo solucionar los problemas que surgen en el interior del grupo familiar, siempre ha sido necesario que el Estado tenga cierta intervención reguladora y que así mismo se creen las instituciones que sean necesarias para la adecuada protección de las personas que carecen de ella en el seno familiar, bien por conflictos internos o por carecer completamente de familia, sin embargo es importante que el Estado siempre mantenga un correcto equilibrio en sus atribuciones a fin de que no perjudique la autoridad natural de los padres o las relaciones afectivas que se dan entre todos los miembros de la familia.

En términos generales hemos destacado los aspectos más importantes de ésta institución llamada familia, por una parte la importancia que tiene como la agrupación elemental de la sociedad y por otro la importancia de sus integrantes, más adelante analizaremos algunas de las diversas figuras jurídicas que se generan en el ámbito familiar como son la patria potestad, la tutela, adopción, etc. lo que nos permitirá tener una idea más completa de lo que es la familia.

## EL PARENTESCO.

El aspecto biológico reviste gran importancia en lo que a la familia se refiere, ya que como se ha establecido es el lazo consanguíneo el que inicialmente da origen a la agrupación familiar y es el que genera los más fuertes lazos afectivos entre los miembros, esto sin restarle importancia a los vínculos que puedan generarse en virtud de situaciones jurídicas de las que deriven diversos tipos de parentesco, por lo que en el estudio de éste tema comenzaremos por definirlo y posteriormente veremos sus características generales que nos permitirán conocer los tipos de relaciones conocidas como parentesco, sea éste de carácter biológico o jurídico.

" El parentesco es el lazo de unión entre dos personas que descienden una de otra o de un autor común." <sup>9</sup>

También se dice que el parentesco es "la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de otra o ambas de un autor, tronco o progenitor común"<sup>10</sup>

Juan Antonio González, define el parentesco como "la relación jurídica que se establece entre personas que descienden de un progenitor común, es decir, por generación, o bien por lazo matrimonial o finalmente, por virtud de la adopción."<sup>11</sup>

"Se llama parentesco al lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se haya reconocida por la ley." <sup>12</sup>

<sup>9</sup> BONNECASE, JULIEN.- *Op.cit.*: p.565.

<sup>10</sup> MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO.- *Institución de derecho civil, T. III*: p. 53.

<sup>11</sup> *Op.cit.*: p. 73.

<sup>12</sup> DE IBAROLA, ANTONIO.- *Op.cit.*: p. 119.

Rojina Villegas considera que el parentesco implica en realidad un estado jurídico ya que en virtud de éste se establece una situación permanente entre dos o más personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción originando de manera constante consecuencias de derecho, ya que por la situación estable que se crea entre los sujetos relacionados, permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar para que no solo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas sino que dichas consecuencias se mantengan en forma más o menos indefinida.<sup>13</sup>

De acuerdo a los conceptos vertidos por los autores antes mencionados, podemos decir que el parentesco es el vínculo jurídico más o menos permanente que se origina entre dos o más personas como consecuencia de vínculos consanguíneos, del matrimonio o de la adopción.

Como ya vimos el parentesco es un estado jurídico que genera derechos y obligaciones entre los miembros de la relación y también relativo a terceros, constituyendo así el estado civil o familiar. El vínculo jurídico de parentesco puede darse entre las personas por proceder unas de otras y en éste caso es un parentesco natural o bien puede darse por creación de la ley y en éste último supuesto es un parentesco legal. El matrimonio, la filiación y la adopción son en nuestra legislación las tres grandes fuentes de parentesco.

En relación a los tipos de parentesco, es necesario mencionar que en el derecho romano, el parentesco tenía el nombre general de COGNACIÓN; pero había dos especies de parentesco, el parentesco natural que se le daba el nombre de cognación y el parentesco civil, llamado especialmente AGNACIÓN. La COGNACIÓN (COGNATI) es el lazo que existe entre personas unidas por la sangre y descendiendo la una de la otra o de un tronco común. La AGNACIÓN (AGNATI) es el lazo de derecho que une entre si a los miembros de la familia civil, mientras no salen de ella.

---

<sup>13</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Compendio de derecho civil T.I: p. 256.

## **TIPOS DE PARENTESCO.**

En cuanto a los tipos de parentescos, actualmente el Código Civil vigente en el Distrito Federal dispone en su artículo 292 que "la ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad, afinidad y el civil."

### **PARENTESCO CONSANGUÍNEO.**

En primer lugar estudiaremos las características que identifican al parentesco llamado consanguíneo, por derivarse el mismo de los lazos de sangre y al efecto el artículo 293 del Código precitado, el parentesco consanguíneo "es el que existe entre personas de un mismo progenitor". Lo anterior se refiere al parentesco originado por cuestiones biológicas en las que descienden siempre unos de otros y como ejemplo tenemos a los hermanos siendo el padre el progenitor común, el abuelo respecto del nieto, y como se observa los hermanos tienen el mismo padre o madre y aquellos al igual que los tíos, sobrinos y primos tienen un abuelo común.

Éste tipo de parentesco ha sido definido por diversos autores, y se dice que "el parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las una de las otras o que reconocen un antecesor común" <sup>14</sup>

El parentesco consanguíneo nace de un hecho natural que son la paternidad y la maternidad. La relación de parentesco entre padres e hijos se le llama filiación. Para establecer el parentesco consanguíneo deberá partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida es la filiación. Si esta ha sido comprobada queda establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si éste es conocido.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*: p. 257.

El parentesco de consanguinidad es bilateral si procede de un mismo padre y de la misma madre. Al parentesco por ambas líneas se le conoció como cognación y es el que existe entre las personas unidas entre sí por el nacimiento y la cognación, está basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural, no jurídico, por ello no puede crearse artificialmente.<sup>15</sup>

Rojina Villegas enumera las siguientes consecuencias jurídicas del parentesco consanguíneo:<sup>16</sup>

- 1.- Crea el derecho y la obligación de recibir y dar alimentos.
- 2.- Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.
- 3.- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.
- 4.- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contrae sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

#### **PARENTESCO POR AFINIDAD.**

El parentesco por afinidad, según el artículo 294 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, 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.

<sup>15</sup> DE PINA, RAFAEL.- *Elementos de derecho civil*: p. 304.

<sup>16</sup> *Op. cit.*: p. 260.

Es necesario precisar que el parentesco por afinidad nace del matrimonio, estableciéndose entre el marido y los parientes de su esposa y entre ella y los parientes del mismo, sin embargo entre marido y mujer no se establece relación alguna de parentesco, y sólo se les considera el tronco de la familia.

Magallón Ibarra señala que el parentesco por afinidad "es aquel que se establece en el matrimonio, entre el marido y los parientes de la mujer y entre ésta y los parientes de aquel. Es el mismo que en lenguaje común se llama parentesco político." <sup>17</sup>

Este parentesco se da entre los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y de ésta con su cónyuge, por ejemplo la suegra respecto del yerno, el hijastro respecto del hijastro, etc. Es un parentesco menos extenso que el consanguíneo que no establece ninguna relación entre los afines entre la mujer y el marido y por ejemplo no existe relación jurídica entre los maridos de dos hermanas ni entre las esposas de dos hermanos. La afinidad no origina la obligación de dar alimentos, ni el derecho de herodar. Es una consecuencia jurídica del matrimonio. El concubinato no produce en derecho civil, el parentesco por afinidad. <sup>18</sup>

#### PARENTESCO CIVIL.

Respecto a éste parentesco, el artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal señala que "El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado."

---

<sup>17</sup> MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO.- *Op. cit.*: p. 61.

<sup>18</sup> GALINDO GARFÍAS, IGNACIO.- *Op. cit.*: p. 454.

Este tipo de parentesco se origina por el interés de suplir jurídicamente el derecho biológico de la procreación y establece entre adoptante y adoptado un vínculo de filiación que produce exclusivamente una relación paterno filial entre quien adopta y quien es adoptado. La adopción crea una relación de paternidad respecto de un extraño donde la naturaleza no la ha establecido, nace tratando de imitar a la naturaleza aunque en nuestro derecho con muy limitados efectos, ya que el vínculo jurídico queda establecido exclusivamente entre el adoptante y el adoptado, permaneciendo éste último extraño a la familia del adoptante.<sup>19</sup>

#### LÍNEAS Y GRADOS.

Se han establecido mecanismos para que el parentesco pueda ser medido y para ello se toma como unidad lo que se conoce como grado o generación. En principio, cada generación forma un grado. Los grados de parentesco en línea recta o en la línea transversal se pueden contar de dos maneras por personas o por generaciones pero teniendo cuidado que al hacerse por personas se excluye al progenitor común, lo anterior de acuerdo a los artículos 296 y 299 del Código Civil para el Distrito Federal.

"El grado de parentesco esta formado por cada generación: todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por ejemplo, todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron o antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, respecto a su progenitor. La línea de parentesco se conforma por las series de grado de parentesco, o generaciones. Por ejemplo, cada uno de los hijos de un padre y los hijos de sus hijos, o sea sus nietos forman una línea."<sup>20</sup>

<sup>19</sup> *Idem*: p. 552.

<sup>20</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ.- *Op. cit*: p. 19.

En cuanto a las líneas de parentesco el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 297 prescribe que "la línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común. Por otra parte el artículo 298 del mismo ordenamiento legal dice que "la línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco común de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende."

Edgar Baqueiro Rojas nos aclara que la línea recta de parentesco se forma por parientes que descienden unos de los otros. Por ejemplo, padres, hijos, nietos, y bisnietos, pueden considerarse de forma descendente y ascendente, estaremos entre una línea recta ascendente cuando el reconocimiento del parentesco se inicie del progenitor al último de sus descendientes, es decir, del abuelo al nieto, por el contrario la línea recta ascendente de parentesco se suscita cuando el registro de éste se efectúe de los descendientes al progenitor, por ejemplo, del nieto al abuelo.<sup>21</sup>

La línea transversal o colateral se encuentra formada por dos líneas rectas que coinciden con un progenitor común, es decir, los parientes no descienden unos de otros pero reconocen un mismo progenitor por ejemplo los hermanos, tíos, sobrinos y primos reconocen como progenitor común a un abuelo, aunque unos no sean descendientes de los otros. De acuerdo al artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal "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 del progenitor o tronco común."

---

<sup>21</sup> *Idem*: p. 20.

"La línea transversal o colateral de parentesco puede ser igual o desigual, dependiendo de la distancia generacional que exista entre el pariente de cada línea recta respecto del progenitor común. Estamos frente a una línea transversal o colateral igual de parentesco cuando la distancia generacional que existe entre los parientes de cada línea recta, es la misma: los hermanos entre sí y los primos respecto de otros primos. Por su parte, la línea transversal o colateral desigual de parentesco se presenta cuando, la distancia generacional existente entre los parientes, de cada línea recta es diferente: los tíos y los sobrinos."<sup>22</sup>

Rafael Rojina Villegas aclara que la línea transversal puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos. Así los hermanos se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado; los primos hermanos se encuentran en un parentesco transversal igual de cuarto grado, sin embargo, los tíos en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco colateral desigual de tercer grado.<sup>23</sup>

#### EFECTOS DEL PARENTESCO.

En el orden jurídico el parentesco trae aparejados efectos que se pueden traducir en derechos obligaciones e incapacidades. Entre los derechos podemos mencionar los de heredar, o suceder, el de recibir alimentos, el de ejercer la patria potestad y otras. Como obligaciones, la de cubrir la pensión alimenticia y la de honrar y respetar a los padres. Entre las incapacidades tenemos que, impide contraer matrimonio entre parientes en línea recta sin limitación de grados, en el de afinidad, hasta el segundo grado y, en la línea colateral hasta el tercer grado. En el orden procesal, crean incapacidad a los parientes dentro del cuarto grado, para ser testigos en juicio por las personas que lo están en ese grado; y la incapacidad para el desempeño de ciertos cargos prohibidos a los parientes en

---

<sup>22</sup> Ídem: p. 20.

<sup>23</sup> Op. cit: p. 257.

cierto grado con el título de una función y así un hijo o un sobrino no pueden ser secretarios del juez.

Para determinar la intensidad de los efectos del parentesco, es necesario observar la cercanía o lejanía del mismo ya que la regla universalmente aceptada en cuanto a derechos y deberes derivados del parentesco, es que los más cercanos excluyan a los más lejanos. Los efectos del parentesco, pueden agruparse en personales y pecuniarios, siendo los primeros, el de asistencia, deber de ayuda y socorro, (alimentos patria potestad y tutela), así como efectos matrimoniales, que constituyen impedimentos para celebrar matrimonios entre parientes, existiendo impedimentos, en la línea recta tanto consanguínea como por afinidad extendiendo a todos los grados, padres e hijos, y suegro y nuera o yerno, como en la línea transversal éste impedimento sólo existe en el parentesco consanguíneo extendiéndose hasta el tercer grado. En el parentesco civil existe un impedimento matrimonial, entre adoptante y adoptado, mismo que puede eludirse poniendo fin a la adopción. Por otra parte tenemos los derechos hereditarios en lo que se refiere al derecho de sucesión legítima que se genera sólo en los parentescos consanguíneo y civil. En el parentesco los efectos no se extienden más allá del cuarto grado en línea colateral.<sup>24</sup>

#### LA FILIACIÓN.

La relación de parentesco que se establece entre los descendientes, constituida por un parentesco ascendente es lo que se conoce como filiación, que "puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados "<sup>25</sup>

<sup>24</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ.- Op. cit: 23

<sup>25</sup> PLANIOL, MARCEL Y GEORGE RIPERT.- Tratado elemental de derecho civil, T. II: p. 111

También se dice que "filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores, indica luego también la relación jurídica que media entre progenitores e hijos."<sup>26</sup>

"El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes de 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 solamente 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. Además de éste sentido amplísimo, por filiación se entiende, una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va 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 y el hijo"<sup>27</sup>

Para crear la relación de derecho conocida como filiación, la norma jurídica toma como base el hecho biológico de la procreación, es decir, hablamos de una filiación consanguínea, cuando dicha relación se da entre el padre o la madre y el hijo, se le llama paternidad o maternidad cuando se le considera en relación a la persona del padre o la madre y cuando se le considera en cuanto a la persona del hijo se le llama filiación.

En substancia a la filiación se le puede considerar como hecho y como relación: como hecho el nombre de filiación corresponde solamente a la generación natural, que puede ser legítima o ilegítima según se presuponga el matrimonio, sólo por imitación a la filiación legítima se le asocia con la adopción por producir efectos análogos; como relación jurídica

<sup>26</sup> BARBERO, DOMENICO.- *Sistema de derecho privado, T. II*: p. 105.

<sup>27</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- *Op. cit.*: p. 429.

viene bajo el nombre de patria potestad, institución en la cual se comprendían las relaciones personales y patrimoniales entre progenitores e hijos, precisamente en dependencia del hecho de la filiación.

## 1.2 LA PATRIA POTESTAD.

La palabra "patria potestad" proviene del latín patrius, lo relativo al padre y potestas, potestad. El teórico Manuel Chávez Asencio señala que "actualmente se ve más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún la madre sola en defecto del padre."<sup>28</sup>

El autor Julio López del Carril, tomando como base el Código Civil Argentino menciona que "la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".<sup>29</sup>

"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 (consanguíneo civil). La patria potestad comprende un conjunto de deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su

<sup>28</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL.- *La familia en el derecho. relaciones jurídicas paterno-filiales*: p. 264.

<sup>29</sup> *Patria potestad, tutela y curatela*: p. 3.

estado de minoridad lo requiere. La atribución de éstos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos." <sup>30</sup>

Francesco Messineo señala que la patria potestad "es un conjunto de poderes, en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de interés psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar. son poderes de duración temporal, en cuanto cesan cuando el hijo haya alcanzado la mayor edad o cuando haya sido emancipado." <sup>31</sup>

En resumen puede decirse que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones, que ejercen, los padres o los abuelos respecto de sus hijos o nietos sin embargo, en la actualidad se hace especial énfasis en las obligaciones que se tienen respecto a los hijos menores de edad, como son la de alimentación, educación, protección y otras, deberes que son vigilados en todo momento por el Estado, en cuanto a los derechos, éstos sólo le son conferidos para que hagan uso de ellos en el cumplimiento de sus obligaciones y no para que los ejerzan en su provecho.

#### EVOLUCIÓN.

Las sociedades primitivas tuvieron un largo periodo de "filiación uterina" en la que se determinaba la parentela partiendo de la madre y esta era el centro de la familia. Más adelante encontramos que en el derecho hebreo la patria potestad se ejercía predominantemente por el padre.

---

<sup>30</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- *Derecho civil, personas y familia*: p. 667.

<sup>31</sup> *Op. cit.*: p. 136

En la familia romana la agrupación era de tipo monogámico y patriarcal , se formaba por parientes "agnados" y "cognados", por medio de ésta forma de agrupación se adquiría estabilidad, duración y se facilitaba la transmisión hereditaria, este patriarcado tenía bases religiosas y económicas, y el jefe de la familia era a la vez sacerdote y juez legislador, se desenvolvía de una manera autónoma con un conjunto de poderes y derechos para el ejercicio de su autoridad y esto era la patria potestad, cabe mencionar que la mujer estaba excluida de desempeñar dicha patria potestad. En la sociedad romana como en la griega, la patria potestad era absoluta y despótica y como consecuencia tenía las siguientes características:

- a) La patria potestad estaba integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe sin ninguna limitación.
- b) Al ser el padre el jefe del estado familiar sólo en él podía concebirse la patria potestad y no se admitía en la madre y tampoco podía darse una situación conjunta.
- c) La patria potestad en un principio era vitalicia y sólo desaparecía por la muerte o por un acto de gracia del jefe de familia.
- d) La concentración del poder suponía también la concentración de los ingresos.

De acuerdo al autor Raúl Lemus García, la patria potestad tenía como efecto, una serie de derechos y facultades ilimitadas del paterfamilias sobre sus hijos y los bienes de éstos, los cuales fueron cambiando. En el Derecho Romano existen dos períodos importantes en la patria potestad que son:<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Derecho Romano: pp. 62, 63.

**A.- Derecho Antiguo**

- a).- Podía imponerles castigos corporales y aún darles muerte, previa opinión de los parientes más próximos;
- b).- Podía abandonarlos;
- c).- Podía venderlos; y
- d).- El hijo de familia para casarse requería el consentimiento del paterfamilias, el cual podía romper el matrimonio de su hijo mediante el divorcio.

**B.- Derecho Clásico y del Bajo Imperio, en éstos periodos se acentuó la tendencia a limitar los derechos y poderes del paterfamilias tanto sobre la persona como sobre los bienes del hijo de familia.**

- a).- Suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- b).- Limitó el derecho a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.
- c).- Se limitó el derecho a vender a sus hijos a casos de extrema miseria y necesidad.
- d).- Se prohibió abandonar a sus hijos.
- e).- Al hijo se le facultó para reclamar alimentos al paterfamilias.
- f).- Se reconoció el derecho al hijo de quejarse, judicialmente, en contra del paterfamilias.

En el derecho germánico el padre tenía la "munt" sobre el hijo, que significa un derecho y un deber de protección por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo, esta patria potestad no era vitalicia y terminaba cuando el hijo crecía y empezaba una vida económica independiente, en éste derecho existía una potestad materna oculta mientras viva el padre, pero se hacía valer después de la muerte del mismo. Por último cabe mencionar que en el derecho común desapareció la naturaleza vitalicia y bajo el nombre de emancipatio juris germanici, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza una economía independiente y la hija sale de ésta patria potestad cuando se casa.<sup>33</sup>

#### NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS.

"La patria potestad tiene su origen en la maternidad y paternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad. Esta patria potestad está constituida por un conjunto de poderes para convocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce un interés público. De la función propia de la patria potestad (la protección de los hijos) a la fuente u origen de la institución (la filiación) y a la naturaleza de ella (cargo privado de interés público), se desprenden las siguientes características y encontramos que la patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce, e inprescriptible."<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL.- *La familia en el derecho. relaciones jurídicas paterno-filiales*: pp. 267, 268.

<sup>34</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- *Op. cit.*: pp. 672, 674.

De acuerdo al autor Domenico Barbero, "la patria potestad pertenece a la categoría del poder jurídico, y en uno de los llamados derechos-deberes, equipamiento de un oficio, del cual son titulares los dos progenitores, y el objeto son los hijos menores no emancipados y hasta los hijos por nacer, dentro del ámbito en que ello sea posible, esto, en cuanto a los hijos. En relación a los terceros, es un derecho subjetivo."<sup>35</sup>

En la patria potestad son sujetos activos los ascendientes (padre y madre), a falta de ambos los abuelos. Los sujetos pasivos son los descendientes menores de 18 años no emancipados. Para saber quien puede ejercer la patria potestad, se deben distinguir las diversas calidades en que pueden encontrarse los hijos ya que éstos pueden ser nacidos de matrimonio, legitimados, o adoptivos.

Las características genéricas que se han mencionado en relación a la patria potestad van a dar origen a diversas situaciones jurídicas a las cuales nos referiremos en capítulos posteriores.

### 1.3 LA TUTELA.

El vocablo tutela proviene del latín "tueor", defender, proteger. Teniendo por una parte, personas jurídicamente capaces que por este hecho son aptas para la protección de los menores de edad o incapacitados. La nota fundamental de la tutela es el fin de protección que se pone de relieve por su misma etimología convirtiéndose así en la institución más importante de protección legal establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falta la patria potestad.

---

<sup>35</sup> Op. cit: p. 149.

## ANTECEDENTES.

En Grecia el patrimonio de un menor (hasta los 18 años) era administrado por un tutor, su agnado más próximo por línea paterna, a menos que el padre hubiese señalado tutor inter vivos o por testamento. El tutor tenía el deber de alimentar a su pupilo y en Atenas su manejo era supervisado por un magistrado principal y aún cualquier ciudadano podía denunciar la negligencia de algún tutor. En cuanto terminaba con sus funciones, el tutor era responsable para con su pupilo por el reembolso y la restitución de su patrimonio.

En Roma existían dos instituciones que cooperaban al fin tutelar; la tutela en el sentido estricto para los impúberes y la curatela para los que habiendo alcanzado la pubertad tenían su capacidad de obrar limitada. La tutela se podía definir como el derecho y potestad de una persona libre para proteger a aquel o aquella que por su edad (o por su sexo) no puede defenderse, dado y otorgado por el derecho civil. Cuando fallecían los padres, los alieni iuris sometidos a la patria potestad se hacían libres cualquiera que fuere su edad, sin embargo, tratándose de menores impúberes, a pesar de ser sui iuris se les designaba tutor. Además de la tutela de impúberes existió la tutela perpetua de las mujeres ya que en el derecho romano antiguo éstas sufrían de incapacidad, esta tutela desapareció con el tiempo. En un principio la tutela fue una potestad un poder encomendado al más próximo heredero varón del pupilo por la que se protegía principalmente el interés del tutor facilitándose la conservación del patrimonio familiar mientras el incapaz viviese, impidiendo que éste dilapidase sus bienes. Más tarde se va desarrollando la idea de protección del incapaz y la tutela llega a ser un deber público al servicio de sus intereses y sus necesidades. Desde los romanos ya existía la tutela testamentaria, legítima y dativa. Cuando el menor cumplía catorce años y la mujer doce cesaba la tutela y, hasta la edad de 25 años en el caso del varón púber se le daba curador. La curatela se daba también a los mayores de edad si eran dementes furiosos o pródigos prodigi, así mismo a los imbecíles mente capti, sordos, mudos y los que sufrían de enfermedad perpetua. La distinción entre

la tutela y la curatela residía en que, la primera prevelece la aitoritas, mientras que en la segunda la negotiorum gestio. En otras palabras, la tutela era dada a quien por razón de la edad siendo sui iuris, no estaba en condiciones de gobernar su persona; la curatela de los púberes y de los enfermos-dementes, pródigos, etc., atendió fundamentalmente a la atención de los bienes, por ello se daba la tradicional máxima "tutor datur personae, curator rei", el tutor se da a la persona. El curador a los bienes. Sin embargo cabe señalar que éste criterio distintivo no es preciso.<sup>36</sup>

Como puede observarse, en sus orígenes la tutela funcionó tomando sólo en cuenta aspectos de tipo económico para beneficio de la familia más que el interés del incapacitado y por ello en esa época se le consideraba un derecho del jefe de familia y nunca un deber en relación a dicho incapaz.

Entre los germanos la tutela correspondía a toda la familia y por transformación de esta protección colectiva y familiar nació la tutela que era ejercida por uno de los parientes más próximos aún cuando la familia conservaba una tutela superior o de alta inspección y aún tenían derecho de intervenir en los actos más importantes del pupilo.

En España, la tutela tenía por objeto la guarda de los impúberes, el objeto principal era la guarda del pupilo y de una manera secundaria la de sus bienes, concluyendo cuando el pupilo llegaba a la pubertad.

En el derecho moderno y en atención a que la tutela implica el interés de la familia, ha prevalecto en su organización un evidente interés público y general, sin desconocer el interés individual, por lo que los preceptos que la rigen deben garantizar tres clases de intereses, el del pupilo, el de la familia y el de la sociedad, ya que a ésta trasciende el problema de la protección de los menores o incapacitados.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL.- *La familia en el derecho. relaciones jurídicas paterno-filiales*: pp. 327, 328.

<sup>37</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- *Op.cit.*: p. 292.

## CONCEPTO.

La tutela según el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, tiene por objeto "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413."

"La tutela es una función jurídica confiada a un persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en administrar sus bienes."<sup>38</sup>

"...la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, esto es, opera en los casos en que la patria potestad no existe, y excepcionalmente concurre con ella en circunstancias especiales a proveer de protección a los menores o incapacitados en los casos en que pudiera ser que, quien tiene a su cargo la protección materna, pudiera tener un interés contrario a aquel de los hijos que le estuvieren sometidos."<sup>39</sup>

La tutela es una institución de interés público que tiene por objeto la guarda de la persona y de los bienes de los que no están sujetos a patria potestad y tienen incapacidad natural y legal. La tutela es un órgano de representación de los incapaces aplicable a los menores de edad y a quienes se encuentran en caso de interdicción. Es una forma de proteger al menor que carece de padre o madre, esta protección es más estricta que en el caso de la patria potestad porque el menor sólo está vigilado por una persona y sobre todo porque generalmente tiene bienes que adquiere de la sucesión de uno de sus padres.

<sup>38</sup> PLANJOL, MARCEL Y GEORGE RIPERT.- *Op. cit.*: p. 303.

<sup>39</sup> MAGALLÓN IBARRA, JORGE.- *Op. cit.*: p. 539.

## **OBJETO.**

Como se ha señalado, el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal estipula claramente el objeto de esta institución señalando que éste consiste en la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad legal y natural, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos, por otra parte señala que también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos específicos señalados por la ley.

La tutela tiene como fin principal suplir a la patria potestad en los casos en que los progenitores del menor no emancipado han muerto o están en la imposibilidad de ejercer la patria potestad, sin embargo es de observarse que opera idénticamente en cuanto al mayor sujeto a interdicción, esto salvo algunos casos particulares.

El autor Manuel Chávez Asencio considera que la tutela tiene un triple objeto: <sup>40</sup>

- 1.- La guarda y custodia del incapaz (menores e incapacitados) la guarda comprende el alimento y educación del incapacitado en el concepto amplio de éstos términos.
- 2.- El cuidado de los bienes del incapaz, de donde se deriva el cargo de curador con la función de vigilar al tutor y cuidar los derechos e intereses patrimoniales-económicos del incapacitado.
- 3.- La representación del incapaz dentro y fuera de juicio.

---

<sup>40</sup> Op. cit: La familia en el derecho, relaciones jurídica paterno-filiales: p. 323.

## ÓRGANOS DE LA TUTELA.

El órgano de la tutela es el ente a quien se encarga el cumplimiento de los fines de la institución, en México la estructura de ésta institución contempla cuatro órganos tres de los cuales son individuales, que son el tutor, el curador y el juez de lo familiar, y un Órgano Colegiado que es el Consejo Local de Tutelas cada uno investido de atribuciones concretas.

El artículo 454 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas. Como puede observarse la ley señala al tutor como el Órgano más importante de la Institución por ser quien directamente tiene la responsabilidad de la guarda de la persona y bienes del menor y de los incapacitados, siendo la persona física a quien legalmente compete la gestión tutelar de un menor o de un incapacitado.

El tutor "es el órgano ejecutivo del poder tutelar y aunque depende del consejo de familiar, posee facultades independientes de iniciativa y decisión. Desempeña un cargo obligatorio o lo que es igual, que no puede ser renunciado sin justa causa o no mediando excusa legal, siendo retribuido y de carácter civil." <sup>41</sup>

Los poderes del tutor son más restringidos que los conferidos al progenitor que ejerce la patria potestad y se observa que el tutor está rodeado de menor confianza por lo que son necesarios mayores controles y más rigurosa vigilancia sobre él.

En cuanto al curador, es la persona que tiene como función vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez lo que pueda dañar al pupilo, debe vigilar que el tutor desempeñe la tutela de acuerdo a la ley. Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea

---

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L.- La tutela: p. 20.

testamentaria, legítima o dativa deben tener además del tutor, un curador con excepción de los casos de la tutela de expositos y de la judicial, cuando se nombre al menor un tutor interino se le nombrará curador con el mismo carácter si no lo tuviere definido o si teniendo lo se haya impedido, las obligaciones del curador según el autor Fernando Flores Gómez González, son las siguientes:<sup>42</sup>

- 1.- Defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.
- 2.- Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que pueda ser dañoso al incapacitado.
- 3.- Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.
- 4.- Cumplir con las demás obligaciones que la ley señale.

El mismo autor señala que si el curador no cumple con estos deberes será responsable de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado.

El juez de lo familiar es el órgano a quien la ley da intervención en todos los asuntos relacionados con la familia y los menores incapacitados, es el encargado de declarar el estado de incapacidad mediante el juicio de interdicción, o de nombrar o discernir el cargo de tutor a quien le corresponda por testamento o por ley, además vigilar el correcto desempeño de la tutela, para lo cual debe dictar las medidas convenientes para el cuidado de las personas y bienes de los incapacitados, exigir que se den las garantías y autorizar, en su caso la venta o hipoteca de los bienes de los mismos.

---

<sup>42</sup> Introducción al estudio del derecho y derecho civil: p. 138.

El otro órgano de la tutela es el Consejo Local de Tutelas que es la institución tutelar prevista por la ley la cual le otorga las funciones de Órgano de Vigilancia y de información que tiene entre otras obligaciones la de formar y remitir a los jueces de lo familiar las listas de personas con aptitud legal y moral para desempeñar la tutela y para que, de entre ellas se nombren los tutores y curadores, debe también velar porque los tutores cumplan sus deberes, avisar al juez de lo familiar cuando conozcan que los bienes de algún incapacitado están en peligro, investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar qué incapacitados carecen de tutor y en general cumplir con todas las funciones que la ley señala.

Según el artículo 631 del Código Civil, "en cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto, o por los delegados, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias y buenas costumbres y que tengan interés de proteger a la infancia desvalida. Los miembros del consejo no cesarán en sus funciones aún cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período".

## LA CURATELA

El autor italiano Francesco Messineo define a la curatela como "un instituto análogo a la tutela; se distingue de él en que implica funciones de asistencia a ciertos actos, especialmente de contenido patrimonial, de la persona (emancipado o inhabilitado), que han de presentarse mediante actos de asentimiento (curatela general)".<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Op. cit: p. 179.

De acuerdo al autor mencionado con anterioridad el curador general no tiene funciones de representación sino es una actividad de asistencia, en otros casos, la curatela implica el cuidado de los bienes del sujeto y de la persona que se encuentra en situaciones particulares, en este segundo aspecto, la curatela es siempre especial.

El Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 618 que todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500 del mismo ordenamiento, por otra parte la ley de la materia señala que quienes tienen derecho a nombrar tutor lo tienen también de nombrar curador.

Cabe mencionar en relación a la institución de la tutela que modernamente a surgido en Europa una nueva forma de tutela de la infancia desamparada, denominada "acogimiento familiar". Este acogimiento familiar ha sido definido como aquella institución circunstancial en virtud de la cual determinado menor huérfano de padre y madre, o que reúna circunstancias legales determinadas, pasa a ser sustentado física y moralmente por otra persona, sin que surjan relaciones permanentes sin modificarse los respectivos estados familiares ni crear parentescos civiles, por tiempo determinado o indefinido, según la voluntad del acogedor.<sup>44</sup>

Consideramos que mediante la tutela se constituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a subsistir en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y el pupilo.

El Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 618 que todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrá un curador excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500 del mismo

---

<sup>44</sup> MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO ZAVALA.- *Op.cit*: p. 354.

ordenamiento, por otra parte la ley de la materia señala que quienes tienen derecho a nombrar tutor lo tienen también de nombrar curador.

La curatela es única porque ningún incapaz puede tener más de un curador definitivo, recayendo dicho cargo en una persona distinta a la que desempeña el puesto de tutor, su desempeño es voluntario, y entrarán a su ejercicio aquellos que no estén dentro de los supuestos siguientes: realizar funciones en los juzgados familiares o en los consejos locales de tutela, tener parentesco con los funcionarios antes citados y ser causante o propulsor de la demencia del incapacitado.

Así mismo la curatela termina por diversas circunstancias como son: haber recobrado su capacidad o haber llegado a su mayoría de edad el incapaz, por muerte del curador; o como consecuencia de haber terminado la tutela.

De lo anterior tenemos que la curatela se origina previa existencia de la tutela, y siempre esta sujeta a ella, ambas instituciones tienen una estrecha relación en virtud de que sin una no existe la otra.

#### 1.4 LA CUSTODIA Y ADOPCIÓN.

##### CONCEPTO DE CUSTODIA..

"Custodia del latín custos, custodia, voz derivada de curtos, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa."<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Enciclopedia Jurídica omnia: p. 380.

La guarda y custodia en materia familiar, se encuentra vinculada con la patria potestad ya que ésta contempla el cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque ésta es insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurar la satisfacción de sus necesidades.

Nuestro derecho contempla diversas figuras para no dejar desprotegidos a los menores o incapacitados que se encuentran bajo la guarda y custodia, esto es debido a que la guarda significa cuidar, de la persona y sus bienes, y como consecuencia de lo anterior se han creado estas figuras que conocemos como, patria potestad, adopción y tutela.

En cuanto a quien deberá otorgarse la guarda y custodia de los menores o incapacitados, es necesario hacer referencia al criterio de interpretación de la ley en el sentido de que dicha guarda y custodia debe otorgarse a la madre cuando el menor tenga menos de siete años de edad, aún cuando el padre posea una situación económica más elevada si la madre cuenta con una situación estable que sea suficiente y le permita cubrir las necesidades del menor o incapacitado.

## LA ADOPCIÓN.

### ANTECEDENTES.

El origen de la adopción se remonta a la India de donde la tomaron los hebreos y transmitieron a Egipto, de ahí pasó a Grecia y posteriormente a Roma, en sus orígenes tenía finalidades eminentemente religiosas para perpetuar el culto doméstico y para ello se buscaba fortalecer a la familia.

**En Grecia sólo se practicó en Atenas, ya que en Esparta todos los hijos se debían al Estado, en la mencionada ciudad de Atenas tenía las siguientes características:**

- a) El adoptado debía ser hijo de padre y madre atenienses.
- b) Solamente los que no tuvieran hijos podían adoptar.
- c) El adoptado no podía volver a su familia natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva.
- d) La ingratitud del adoptado hacía posible la revocación del mismo.
- e) El adoptante soltero no podía contraer matrimonio sin permiso especial del magistrado.
- f) Las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado.

En Roma la adopción tuvo una doble finalidad, la religiosa tendiente a perpetuar el culto familiar y la otra evitar la extinción de la familia romana. En el aspecto religioso porque el culto de los antepasados estaba profundamente arraigado y al ser el paterfamilias, el sacerdote que debía celebrar las ceremonias religiosas, era necesario un heredero ya que dichas ceremonias nunca podían interrumpirse por lo que en caso de que no existiere el mencionado heredero se podía adoptar. En el aspecto político la familia romana ejercía un importante papel jurídico dentro del estado por medio de las curias, las cuales comprendían un cierto número de gentes que a su vez eran agregaciones naturales fundadas en el parentesco. El pater-familias y sus descendientes constituyen la clase de los patricios y sólo ellos participaban en el gobierno del estado. Se practicó la adopción en dos formas: la *adrogatio* y la *adoptio*, en el primer caso se trataba de la adopción de una persona *sui-iuris* que no estaba sometida a ninguna potestad. La *adoptio* que era la

adopción propiamente dicha, se refiere a una persona alieni iuris es decir, sometida a la potestad de otras personas.

En el derecho germánico la institución de la adopción tenía una finalidad guerrera de ayudar a las familias en las campañas bélicas.

Durante la edad media la adopción fue perdiendo importancia e incluso llegó a caer en desuso, sin embargo en el siglo XVIII apareció el Código Napoleónico que reglamenta tres formas de adopción: la ordinaria o común; la remuneratoria, para quien hubiere salvado la vida del adoptante; la testamentaria, se permitía hacer al tutor officioso que después de cinco años de conferida la tutela y creyendo aproximada su muerte antes de que su pupilo cumpliera la mayor edad quería adoptarlo.

La influencia de la primera y segunda guerra mundial dieron origen a un "nuevo concepto de función social de la adopción con relación al adoptado. Se superan los fines habidos en el derecho romano y más que buscar dar a los matrimonios sin hijos un nuevo hijo, se busca que los menores, sobre todo los carentes de padres puedan encontrar una persona que bajo su guarda queden encomendados, un matrimonio que los acepte como hijos. Este nuevo sentido de la adopción influirá decisivamente en las leyes que van a reformar la institución." <sup>46</sup>

## CONCEPTO.

La palabra adopción proviene del latín "adoptio", y adoptar, de "adoptare", de "ad" a y "optare", desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo , con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

<sup>46</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL.- La familia en el derecho, relaciones jurídicas parento-filiales: p. 198.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 395 prescribe que "el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tiene los padres respecto de la persona y bienes de los hijos. El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción."

"La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas de un lazo ficticio; o mas bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de la adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción." <sup>47</sup>

Por otra parte se dice que "la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. El parentesco ficticio que resulta de la adopción solo de manera imperfecta imita al verdadero parentesco, sus efectos son menos extensos y numerosos. La adopción no destruye las relaciones de filiación que el adoptado recibe de su nacimiento; el parentesco ficticio que crea se superpone a estas relaciones sin sustituirse a ellas." <sup>48</sup>

La adopción como hecho jurídico es distinta al de la filiación ya que esta última consiste en la generación y comparte la consanguinidad mientras que la primera consiste en un hecho de voluntad, este hecho se orienta a imitar en los efectos el hecho natural de la filiación dando lugar a una relación jurídica. En la adopción no interviene la naturaleza sino que es una paternidad fingida que artificialmente constituye una relación paterno-filial, situando al hijo adoptivo en el mismo nivel y condición que el hijo legítimo.

A éste tipo de filiación artificial también se le llama civil, siendo la adopción una imitación de la naturaleza.

<sup>47</sup> BONECASSE, JULIEN.- *Op. cit.*: p. 569.

<sup>48</sup> PLANIOL, MARCEL Y GEORGE RIPERT.- *Op. cit.*: p. 220.

En la adopción sólo intervienen dos sujetos que son el adoptante y el adoptado: el adoptante es la persona que asume legalmente el carácter de padre y el adoptado que es la persona que va a ser recibido legalmente como hijo del adoptante. Mediante la adopción el adoptante tiene respecto del adoptado y éste de aquel los mismo derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo, además de que como una finalidad adicional, la adopción persigue dar una familia a quien ya no la tiene o a quien no la haya tenido nunca y también dar hijos a quien la naturaleza no le ha permitido tenerlos.

#### **SUPUESTO O PREMISAS EN QUE SE ADQUIERE LA ADOPCIÓN.**

Para llevar a cabo la adopción se requiere que la persona que la solicite cumpla con lo dispuesto por el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal:

- 1.- Que el adoptante sea mayor de 25 años, este libre de matrimonio, y se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos.
- 2.- Que el adoptante tenga por lo menos 17 años más que el adoptado.
- 3.- que el adoptante acredite medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio según las circunstancias de las personas que trate de adoptar.
- 4.- Que acredite el adoptante que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptar.
- 5.- Que el adoptante sea persona de buenas costumbres.

6.- El marido y la mujer podrán adoptar, cuando ambos estén conformes y aunque sólo uno de los cónyuges sea mayor de 25 años pero siempre y cuando la diferencia de edad de cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años cuando menos (art. 391).

El autor Edgar Baqueiro Rojas menciona que "en los casos de adopción de niños abandonados recogidos por instituciones de beneficencia o por particulares, debe esperarse a que transcurran 6 meses para que se tenga por perdida la patria potestad de los padres y se proceda a la adopción. El solicitante puede tener en depósito al abandonado hasta que transcurra ese lapso, esta medida redundará en beneficio del menor, que no tendrá que permanecer en la institución de beneficencia, y será desde luego integrado a su futura familia."<sup>49</sup>

El mismo autor señala que además de los requisitos de fondo, la adopción requiere de ciertos requisitos de forma que son los siguientes:

a).- Un acto judicial. Es un acto de naturaleza jurídica que sólo puede llevarse a cabo ante el juez de lo familiar quien decretará la adopción cuando se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para tal efecto. El procedimiento judicial se lleva a cabo por la vía de la jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar y de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Civiles.

b).- El consentimiento. La adopción en un acto jurídico bilateral que requiere de la voluntad del adoptante y de los representantes del adoptado así como las del Órgano Judicial. Para la validez de la adopción se necesita el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, del tutor o a falta de los anteriores, de los que hayan cuidado al adoptado en los últimos 6 meses incluyendo a los directores de las casas de cuna, orfanatos, quienes son tutores legítimos de los acogidos y del Ministerio Público, a falta de todos los

---

<sup>49</sup> Op. cit: p. 219.

anteriores. También se requiere el consentimiento del menor, si es mayor de 14 años y goza de discernimiento.

c).- Registro. Una vez decretada la adopción por el juez de lo familiar, éste deberá enviar copia de las diligencias realizadas al Juez del Registro Civil para que levante el acta de adopción en la que quedará integrada la resolución judicial que haya autorizado, la anotación de la resolución judicial de adopción deberá asentarse al margen del acta de nacimiento del adoptado.

La adopción, al igual que la patria potestad y la tutela son instituciones que han sido creadas en beneficio de los menores e incapacitados, que permiten proteger a éstos dentro del marco familiar y social, salvaguardando su persona y sus bienes, permitiendo también representarlos en todas las gestiones que tienen que llevar a cabo ya sea de tipo social, jurídico o económico. Lo anterior da lugar a que el Estado como la sociedad en general puedan tener la seguridad que ese menor o incapacitado va a ser protegido, educado y guiado para que en un futuro sea un miembro productivo que contribuirá al desarrollo de la colectividad.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.**

#### **2.1 LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN.**

La patria potestad según nuestra legislación, tiene por objeto cuidar a los menores, respecto a su persona y a sus bienes estableciéndose derechos y obligaciones que permitieron la existencia de ésta figura jurídica.

Para iniciar el estudio de la patria potestad, observaremos lo señalado por el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal el cual señala que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia: pero los incapacitados pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Para entender la institución de la patria potestad, es necesario en principio analizar los caracteres de la persona y de la capacidad, ya que dicha institución tiene estrecha relación con éstos conceptos, que son importantes para determinar quien debe ejercer legalmente la potestad.

La persona es todo ente que goza de capacidad jurídica, por ello es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, sin embargo, éste concepto comprende también a las personas morales y no únicamente al hombre. También es necesario mencionar que todo ser humano tiene capacidad de goce, es decir, puede tener derechos

y el hecho de que alguien carezca de capacidad de ejercicio, no afecta lo que se conoce como personalidad jurídica ya que ésta última se caracteriza por la capacidad de goce y no necesariamente por la de ejercicio.

"La personalidad se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para concederle ciertos derechos. La personalidad o capacidad jurídica del hombre no empieza sino hasta su nacimiento, el embrión humano dentro de la madre no es considerado todavía persona, sino parte de la entraña materna."<sup>1</sup>

Por otra parte, la capacidad de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, como ya se mencionó anteriormente, se divide en dos tipos: capacidad jurídica o de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para su funcionamiento sólo se requiere que la persona exista, y la ley la otorga aún antes del nacimiento; capacidad de ejercicio o de hecho, que es la facultad de las personas para ejercer por sí mismos esos derechos, para realizar actos con eficacia jurídica, para que exista éste derecho se necesita que el sujeto tenga conciencia y libertad, y se adquiere, en condiciones normales, cuando se alcanza la mayoría de edad.

Como a quedado establecido, la capacidad permite a quien la posee, ser titular de derechos y obligaciones, sin embargo hay circunstancias que limitan o eliminan esa capacidad de actuar y en éstos casos se dice que estamos ante la presencia de un incapaz.

---

<sup>1</sup> FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO. *Introducción al estudio del derecho civil*, p. 57

La incapacidad es natural y legal, el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe que tienen incapacidad los menores de edad; así como los mayores disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos, o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos. o manifestar su voluntad por algún medio.

En cuanto a la incapacidad de los menores se dice que ésta "se debe al orden natural de las cosas y no necesita justificarse; el menor carece tanto de experiencia cuanto de la inteligencia necesaria para conducirse por sí solo en la vida"<sup>2</sup>

La persona física adquiere plena capacidad de ejercicio a partir de los 18 años cumplidos. Antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio de su representante legítimo (personas que ejercen la patria potestad o tutor). El derecho presupone que el menor no tiene el necesario discernimiento, para decidir, por propia voluntad, la realización de actos jurídicos, es decir es jurídicamente incapaz. La capacidad de ejercicio requiere: a) Que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos, y b) que no haya sido declarada en estado de interdicción (éstos últimos requieren de un tutor).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> PLANIOL, MARCEL Y GEORGE RIPERT. Tratado elemental de derecho civil, T.II, p 241.

<sup>3</sup> GALINDO GARFÍAS, IGNACIO. Derecho civil primer curso, p. 391.

El menor que contraiga matrimonio produce de derecho lo que se conoce como la emancipación cuyos efectos los señala el artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual prescribe que "el emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero siempre necesita durante su menor edad: I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y; II. De un tutor para negocios judiciales."

#### **2.1.1. EFECTOS QUE PRODUCE.**

Los efectos de la patria potestad se distinguen en dos grandes rubros que son, en primer lugar los efectos sobre la persona del hijo y en segundo lugar los efectos sobre sus bienes.

En relación con la persona del menor, los efectos se refieren a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores y a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros. Entre estos efectos, el Código Civil para el Distrito Federal, contempla los siguientes:

- a). Los ascendientes que ejercen la patria potestad están obligados a suministrar alimentos a sus descendientes (artículo 303).
  
- b). La obligación de las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, de educarlo convenientemente (artículo 422).

**c). Otorga a quienes ejercen la patria potestad la facultad de corregir a sus hijos. (artículo 423).**

**d).- El domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad están sujetos (artículo 31 fracción I).**

**En cuanto a los hijos sujetos a la patria potestad, el ordenamiento civil mencionado establece los siguientes deberes.**

**a). El artículo 411 establece que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad, y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.**

**b). Asimismo, el artículo 421 menciona que, mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no pondrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.**

**c). Los hijos también están obligados a dar alimentos a sus padres, de acuerdo al artículo 304 del Código citado.**

**La sumisión en que se encuentran los menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber de respeto, obediencia, atención y ayuda hacia los padres y éstos a su vez tienen sobre los hijos ciertas facultades, que deben ser ejercidas hasta los límites en que resulten benéficos para los hijos, evitando los malos tratos ya que esto puede ser causa de pérdida de la patria potestad, considerando que dichas facultades les son conferidas en virtud de la confianza que inspira la razón natural, lo anterior conforme al precedente que se localiza en el Semanario Judicial de la**

**Federación, de los Tribunales Colegiados de Circuito, 8a. Época, Tomo XV-Enero, Tesis XVI.2o. 50 C, Página 280, Clave TC162050CIV, que dispone lo siguiente:**

**PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. MALOS TRATAMIENTOS.-** Los malos tratamientos por parte de los padres que origina la pérdida de la patria potestad deberán ser de tal naturaleza que por su gravedad y persistencia, evidencien la posibilidad de causar en el menor un estado que comprometa su salud, seguridad o moralidad; porque si los malos tratamientos no son continuos sino esporádicos o si consisten sólo en el uso de las palabras altisonantes o en eventuales correctivos, que en ocasiones y dados determinados medios sociales no medran el ánimo de la persona a quien están dirigidos, entonces no puede estimarse que el uso de un lenguaje soez o los actos del menor, sean causas suficientes para privar de la patria potestad a un ascendiente.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.**

**Amparo directo 538/94.- Génova Rosales Sandoval.- 25 de octubre de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías.- Secretaria: Cecilia Patricia Ramírez Barajas.**

Respecto a los efectos sobre los bienes del menor, el Código Civil señala en el artículo 413 que la patria potestad se ejercerá sobre la persona y los bienes de los hijos, así mismo el artículo 425 del mismo ordenamiento precisa que "los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que le pertenecen..."

Para efectos de la patria potestad, el Código Civil clasifica a los bienes del hijo en dos clases: I. Bienes que adquiere por su trabajo y II. Bienes que adquiere por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo, mientras que en los bienes de la segunda clase, el total de la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a quien ejerza la patria potestad. Sin embargo si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante a dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por el testamento o términos de la donación o legado.

"El actual derecho de usufructo legal encuentra su origen en la institución francesa denominada "guarda", que consistía en el derecho de obtener la renta de los bienes que pertenecían al hijo menor, a condición de tener algunas obligaciones, entre las que se contaba la de educar al hijo." <sup>4</sup>

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o por cualquier otro medio que no deje lugar a duda, dicha renuncia del usufructo hecho en favor del hijo, se considera como donación.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo, pero si dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes, como pueden ser sumas de dinero, y en éste sentido "la idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es la conservación de los bienes, y los actos de disposición son contrarios a ese principio. Por ello, las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni grabar en manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del Juez de lo

---

<sup>4</sup> FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO. *ob.cit.* p. 123

Familiar ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor con la ejecución de esos actos."<sup>3</sup>

De acuerdo al artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal, quienes ejercen la patria potestad, no pueden realizar los siguientes actos:

- a). Celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años.
- b). Recibir la renta adelantada por más de dos años.
- c). Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta.
- d). Hacer donaciones de los bienes de los hijos.
- e). Renunciar a los derechos de los hijos.
- f). Renunciar a la herencia en representación de los hijos.

Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por abuelo y abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento para los actos más importantes de la administración.

---

<sup>3</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *ob. cit.*, p. 683.

**El artículo 442 del Código Civil para el Distrito Federal señala que las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.**

**"La administración que la ley confiere a las personas que ejercen la patria potestad, no es renunciable; se trata de una acción de orden público y no de interés privado. Tal administración, es una consecuencia más de la patria potestad. Tampoco es delegable y mucho menos en favor del hijo, pues quedaría burlada la intención del legislador."**<sup>6</sup>

**Es necesario mencionar que la persona que ejerza la patria potestad representará a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiere expresamente.**

**Cuando existan intereses contrarios en un juicio entre los que ejercen la patria potestad y los que están sujetos a ella, estos últimos serán representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.**

## **2.1.2. PERSONAS QUE LA EJERCEN.**

**Para saber quien puede ejercer la patria potestad sobre los hijos, es importante conocer en que tipo ó calidad se encuentran éstos, hijos nacidos de matrimonio, legitimados o adoptivos.**

---

<sup>6</sup> MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO SAVALETA. Comentarios al código civil, T.I, p. 364.

En el caso de hijos nacidos del matrimonio, el artículo 414 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá: I. Por el padre o la madre; II. Por el abuelo y la abuela paternos y; III. Por el abuelo y la abuela maternos. Como complemento a la anterior disposición, el artículo 418 del citado Código, precisa que a falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo citado, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En relación con los hijos legitimados, se dan diversos supuestos:

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

**Segundo.-** Cuando el padre y la madre que no vivan juntos, reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá la patria potestad y si no lo hicieren el Juez de lo familiar oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

**Tercero.-** En caso de que el reconocimiento se efectúe por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad, el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave con audiencia de los interesados y del Ministerio Público. Cuando por cualquier circunstancia, alguno de los padres deja de ejercer la patria potestad, deberá entrar a ejercerla el otro.

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

Para el caso de los hijos adoptivos, ejercerán la patria potestad, únicamente las personas que lo adopten, ya que el parentesco, que en éste caso es de tipo civil, sólo existe entre el adoptante y el adoptado y considerando que el que adopta tiene respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

Por último cabe mencionar lo que dispone el artículo 444 del Código Civil en el sentido de que quienes ejercen la patria potestad la pierden:

I.- Cuando quien la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 (se refiere a que en la sentencia de divorcio el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver lo relativo a la patria potestad);

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

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

### **2.1.3. ADQUISICIÓN, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN.**

#### **ADQUISICIÓN.**

De acuerdo a lo señalado en el Código Civil y como ya se ha mencionado, la patria potestad se adquiere por el hecho de tener hijos, reconocerlos o adoptarlos, ya que, todos los hijos menores de edad no emancipados deben estar bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que de acuerdo a la ley deben ejercerla. En primer término quienes adquieren la patria potestad son el padre y la madre, en segundo lugar el abuelo y la abuela paternos o el abuelo y la abuela maternos. Cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

La patria potestad no es privilegio del padre cuando éste tiene mayor solvencia económica ya que basta que la madre cuente con los medios para cubrir las necesidades del menor.

En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando los dos progenitores lo reconocen, éstos adquieren la patria potestad. Cuando los hijos son habidos antes de la celebración del matrimonio de sus padres y en el caso de que sean reconocidos posteriormente a dicho matrimonio, los hijos quedan bajo la patria potestad desde el día en que se celebró el matrimonio.

## **SUSPENSIÓN.**

"La legislación civil distingue entre los términos: acabar, perder y suspender, en relación con la patria potestad. La patria potestad se acaba, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación; y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la pueden seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleva consigo la suspensión."<sup>7</sup>

En los casos en que se suspende la patria potestad, ésta no se extingue, sino que su ejercicio recae en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los descendientes de ulteriores grados.

De acuerdo al artículo, 447 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- 1.- Por incapacidad de quienes la ejercen, cuando haya sido declarada judicialmente.
- 2.- Por ausencia declarada en forma.
- 3.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La patria potestad en estado de ausencia, debe entenderse suspendida respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente, porque la patria potestad por

---

<sup>7</sup> PINA, RAFAEL DE. Elementos de derecho civil, p. 381.

la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante <sup>8</sup>

Cabe mencionar que la patria potestad puede reanudarse nuevamente cuando: en el caso de la incapacidad de quien la ejerce, éste recupera sus facultades mentales; en el supuesto que se haya declarado ausencia y el ausente aparece; en caso de sentencia condenatoria, cuando el condenado cumple su sentencia. Todos los supuestos anteriores provocarán que se reanude la patria potestad, si el menor aún no llega a la mayoría de edad.

#### **TERMINACIÓN.**

Nuestra legislación civil menciona en su artículo 443, que la patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo

En el caso de la emancipación, derivada del matrimonio, que ha sido definida por el autor Rafael de Pina Vara, como el hecho o el acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o subrogada la tutela y adquiere la facultad de realizar por sí misma los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador. El mismo autor refiere que en el derecho romano la emancipación era simplemente, un

---

<sup>8</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho civil primer curso, p. 685.

medio de extinguir la patria potestad que hacía sui iuris al hijo de familia, en el derecho moderno y en el mexicano actual, naturalmente constituye un medio de extinción de la patria potestad y de la tutela, y, a la vez, de adquisición de una capacidad especial, que le habilita para los actos de administración de su patrimonio.<sup>9</sup>

Se dice también que la emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad, que el menor tiene por el sólo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos como si fuera mayor, con dos limitaciones: a) Necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido su divorcio y; b) Requiere de autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces. En casos de disolución de matrimonio, si existe algún consorte y éste es menor no estará sujeto nuevamente a la patria potestad, pero requiere de autorización para volver a casarse, pues se ha considerado que en su matrimonio existe un interés familiar.<sup>10</sup>

La patria potestad también se termina por la mayoría de edad, que en nuestra legislación se da a los dieciocho años de acuerdo al artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal que prescribe, "la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos", y el artículo siguiente señala que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

El Código Penal para el Distrito Federal, regula entre otros delitos, la corrupción de menores, el abuso sexual, la violación, las lesiones y el abandono de personas, asimismo, éste ordenamiento prevé que cuando sean cometidos por el ascendiente o

---

<sup>9</sup> Ob.cit. p. 399.

<sup>10</sup> Cf. BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. Y RESALÍA BUENROSTRO BÁEZ. Derecho de familia y sucesiones. p. 233.

tutor, en perjuicio de un menor o incapaz que esté bajo su guarda y custodia, se impondrá como pena la pérdida de la patria potestad o tutela según la institución que ejerza sobre el ofendido, además de la que corresponda al delito en que incurrió.

a) De los delitos citados, el primero se encuentra tipificado en los artículos 202 y 203 del ordenamiento penal citado en los términos siguientes:

"Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y, además con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

"Para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento, o gratuitamente, presta sus servicios en tal lugar."

El artículo 203 del Código Penal dispone que las sanciones contempladas en diversos ordenamientos se duplicarán cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre sus descendientes.

b) El segundo y tercero de los delitos mencionados, se sanciona conforme a lo dispuesto en el artículo 266 bis que en su parte conducente señala:

**"...aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando**

**"I. ...;**

**"II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela en los casos en que se ejerciere sobre la víctima;**

**"III. .. ; y**

**"IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."**

**c) Cuando un ascendiente cause lesiones a un menor o incapaz, que se encuentre bajo su guarda o custodia, el delito se perseguirá de oficio, haciéndose acreedor el delincuente a la pena a que se refiere el artículo 295:**

**"...al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."**

**d) El delito de abandono de personas se tipifica y sanciona de la manera siguiente:**

**"Artículo 335. Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro**

años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido."

"Artículo 336. Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días de multa, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Por otro lado, la patria potestad no puede renunciarse según lo dispone el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal. Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza, y son : 1.- Su ejercicio es de interés público, la familia, el Estado y la sociedad tienen interés en la formación de los menores; 2.- El artículo 6o. del Código Civil, dice que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros, y la renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentren bajo ella. <sup>11</sup>

En relación a la posibilidad de transmisión de la patria potestad el autor Ignacio Galindo Garfias considera que "excepcionalmente la patria potestad se transmite en el caso de la adopción. En efecto, el artículo 403 del Código Civil establece que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el

---

<sup>11</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *ob.cit.*, p. 675.

adoptante este casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges." <sup>12</sup>

## 2.2. LA TUTELA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

El Título Noveno del Código Civil para el Distrito Federal se refiere a la institución de la tutela, y entre sus diversas disposiciones menciona que ésta es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima; que ningún incapaz puede tener al mismo tiempo más de un tutor y un curador definitivos. El artículo 464 señala que el menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 ( Se refiere a los mayores de edad que tengan restringida su capacidad de obrar), estará sujeto a la tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad.

### 2.2.1. TIPOS DE TUTELA.

De acuerdo al artículo 461 del Código Civil para el Distrito Federal, la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. En cuanto a la tutela testamentaria, el artículo 470 de éste ordenamiento prescribe que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414 (se refiere a quienes deben ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio) pero este, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quien ejerza, la patria potestad con inclusión del hijo póstumo.

---

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 675.

En relación a la tutela legítima, el artículo 482. dispone que habrá lugar a ésta; I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario; II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

La tutela dativa tendrá lugar, según lo dispone el artículo 495 del multicitado Código: I. cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima; II. Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya ningún pariente de los designados en el artículo 483 (se refiere a los hermanos y a los demás colaterales dentro del cuarto grado).

#### 2.2.1.1 TESTAMENTARIA.

Como su nombre lo indica, la tutela testamentaria es la que se designa mediante testamento. "Puede decirse que la tutela testamentaria es un atributo de la patria potestad en su última manifestación. Desde luego no puede ejercer éste derecho el padre que está, privado de la patria potestad. Cuando una persona, aunque sea menor, en su testamento deje bienes, por herencia o legado a un incapaz que no este bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje." <sup>13</sup>

La tutela testamentaria es la que recae en la persona designada por el último ascendiente del incapaz, esta designación debe contenerse en el testamento, sin embargo si quien está ejerciendo la potestad muere, aún cuando haya descendientes de ulterior grado, si ha designado tutor en el testamento éste se hará cargo del menor, de

---

<sup>13</sup> FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO. *op. cit.*, p. 130.

igual manera, quien deja en su testamento bienes a un menor, que no está, bajo la patria potestad, puede nombrarle tutor para la administración de esos bienes.<sup>14</sup>

El autor Manuel Chávez Ascencio menciona las siguientes características de la tutela testamentaria:<sup>15</sup>

- 1.- Sujeto pasivo.- Persona que puede nombrar tutores en relación a hijos o nietos sujetos a patria potestad y sobre hijos mayores incapacitados.
- 2.- Preferente.- El nombramiento de tutor hecha por los padres es siempre preferente, por lo cual, si hubiere alguien ejerciendo la tutela y aparece el designado por alguno de los ascendientes, se le transferirá la tutela.
- 3.- Es absoluta.- Esto significa que no está limitada por ninguna circunstancia, aún cuando el tutor pueda excusarse en los casos previstos por la ley.
- 4.- Permanente.- Esta designación tiene una validez permanente, pues sólo el testador al cambiar su testamento puede revocar el nombramiento del tutor.
- 5.- Pluralidad de tutores.- Puede haber pluralidad de tutores pues el ascendiente, el extraño, o el adoptante pueden, por precaución, designar varios tutores, en cuyo caso desempeñará la tutela el primero de los nombrados a quien sustituirán los demás por el orden de sus nombramientos en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.

---

<sup>14</sup> PINA VARA, RAFAEL DE. *op. cit.*, p. 386.

<sup>15</sup> *La familia en el derecho, relaciones jurídicas parento filiales*: pp. 343, 344.

**6.- Objeto.-** El objeto principal es la preocupación y cuidado que los que ejercen la patria potestad tienen sobre el menor, y buscan la persona más idónea y adecuada para atenderlo cuando éstos faltan. También otro objetivo es el excluir de la patria potestad a los ascendientes del siguiente grado es decir, el padre que sobreviva podrá excluir a los abuelos paternos o maternos. Si estuvieren ejerciendo la patria potestad algunos de los abuelos, éstos podrán excluir a los otros..

La tutela testamentaria es aquella que se establece por testamento, y se contempla en los siguientes supuestos: <sup>16</sup>

1.- Cuando uno de los padres sobrevive al otro, previendo que a su muerte la patria potestad de sus hijos recaerá en los abuelos y desea evitarlos y por lo tanto, señala en su testamento un tutor para sus hijos menores. Si la razón de esa disposición fue que los abuelos eran incapaces, al recobrar la capacidad podrán reclamar la patria potestad salvo que expresamente el testador disponga que continúe la tutela.

2.- Cuando el testador deja bienes a un menor o incapacitado, puede nombrarle tutor para que los administre aunque haya quien ejerza la patria potestad o la tutela general; éste es el caso de una tutela específica.

3.- Cuando el testador es padre y tutor de un hijo mayor de edad incapaz puede designarle tutor en su testamento, cuando la madre también es incapaz o ha fallecido.

4.- Cuando el testador es padre adoptivo.

---

<sup>16</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y RESALÍA BUENROSTRO BÁEZ. *ob. cit.*, p. 237.

Siempre que en testamento se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción. Esto no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

El artículo 479 del Código Civil menciona que deben observarse todas las reglas de limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas

Cabe destacar lo que señalan los autores Luis Muñoz y Salvador Castro en el sentido de que "hoy la tutela testamentaria no es una prerrogativa de la patria potestad como ocurría en el antiguo derecho romano, se funda en el interés y afecto presumible en ciertas personas hacia los menores e incapacitados."

#### 2.2.1.2. TUTELA LEGITIMA.

"La tutela legitima es aquella a cuyo ejercicio llama la ley a determinadas personas enumeradas limitativamente, cuando no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, o cuando, por otra parte, deberá nombrarse tutor por causa de divorcio."<sup>17</sup>

La tutela legitima es la conferida por la ley a falta de disposición por testamento y recae en parientes del menor a quienes no les corresponde ejercer la patria potestad, y en los parientes del menor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad. En este tipo de

---

<sup>17</sup> GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO. *Elementos de derecho civil*. p. 84.

tutela se aplica el principio que regula a todas las relaciones de parentesco, en cuanto a que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Se basa en los lazos de parentesco que suponen amistad, afecto y cariño que los hace preferentes a cualquier persona extraña. Así, para el ejercicio de la tutela, los padres, hijos y hermanos, junto con el cónyuge, serán preferidos a los tíos y primos.

La tutela corresponde desempeñarla a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive; si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección, lo anterior de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 483 y 484 del Código Civil para el Distrito Federal.

La tutela legítima procede, según lo dispone el artículo 482 del ordenamiento legal antes citado, en los siguientes casos:

I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;

II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Además de los casos antes mencionados la ley contempla la tutela legítima cuando se trate de menores abandonados, sin familia conocida y que hayan sido recogidos por algún particular o por una institución de beneficencia y de igual manera se nombrará tutor legítimo en el caso de los menores de edad incapacitados por enfermedades o vicios. (Artículos 486 al 494 del Código Civil)

De lo antes expuesto, y de acuerdo a la ley Civil del Distrito Federal, se puede observar que las personas sobre las que recae la tutela legítima son: los menores; los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios; los menores abandonados, los menores acogidos por alguna persona y; los menores depositados en establecimientos de beneficencia.

En cuanto a la tutela legítima de los mayores de edad, dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas, enervantes, el marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido; los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos e incapacitados, cuando haya dos o más hijos, será preferible el que viva en compañía del padre o de la madre, y siendo varios los que estén en el mismo caso, el Juez elegirá al que le parezca más apto; los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos tengan hijos que pueden desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo, respecto a quien de los dos ejercerá el cargo. A falta de tutor testamentario y de las personas mencionadas anteriormente, serán llamados a desempeñar la tutela los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Cabe mencionar que el tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otros ascendientes a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

Respecto a los menores abandonados y acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia, la ley señala que la tutela legítima la ejercerá en el caso de los expósitos, la persona que los haya acogido; los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia, donde se reciban expósitos desempeñarán la

tutela de éstos, con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento correspondiente.

#### **2.2.1.3. TUTELA DATIVA.**

Este tipo de tutela procede cuando no existe tutor testamentario o persona en que deba recaer la tutela legítima o en caso de que el tutor testamentario se encuentre temporalmente impedido y no haya parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive. Por lo anterior se dice que la tutela dativa es subsidiaria de la testamentaria y la legítima.

La designación de tutor puede darse de dos formas:

- a) por el menor, siempre y cuando haya cumplido dieciséis años, su designación debe confirmarla el Juez.
  
- b) por el Juez de lo familiar, quien lo deberá escoger de las listas que para el efecto elabore el Consejo Local de Tutelas.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 439 dispone que en el caso del menor emancipado, siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales.

De acuerdo al Código antes citado, "a los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en éste caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad

económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el Juez de lo familiar, en éste caso tienen la obligación de desempeñar la tutela mientras duren en los cargos, quienes a continuación se enumeran:

I.- El Presidente Municipal del domicilio del menor;

II.- Los demás regidores del ayuntamiento;

III.- Las personas que desempeñen la Autoridad Administrativa en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento;

IV.- Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;

V.- Los miembros de las Juntas de Beneficencia Pública o Privada que disfruten sueldo del Erario;

VI.- Los directores de establecimientos de Beneficencia Pública.

En el caso de que el menor a que se refieren los dos párrafos anteriores, adquiera bienes, se le nombrará tutor dativo de acuerdo con lo que disponen las reglas generales para ese tipo de nombramientos.

## **OTROS TIPOS DE TUTELA.**

**Además de la tutela testamentaria, legítima y dativa existen otros tipos de tutelas como son la tutela especial y la interina.**

**La tutela especial se da tratándose de casos en los que el tutor definitivo este en el desempeño de su cargo y se presenten conflictos de intereses con el menor, es decir que los intereses de alguno o algunos de los incapaces sujetos a la misma tutela fueren opuestos a los del tutor, se pondrán en conocimiento del Juez Familiar quien nombrará un tutor especial. En los casos de tutela especial no se requiere garantizar la gestión, pues están exceptuados los que no administren bienes, tampoco deben hacer inventario por la misma razón. <sup>18</sup>**

**La tutela interina se da para representación del incapaz en los casos especiales que señala la ley. Los casos en que temporalmente, el tutor definitivo no pudiere desempeñar el cargo porque su nombramiento sea condicional y no se haya cumplido la condición, porque este pendiente la calificación de una excusa presentada por él, o porque este corriendo el plazo para el otorgamiento de la garantía que debe presentar, el Juez de lo familiar deberá nombrar un tutor interino. Se nombrará tutor interino en los siguientes casos: <sup>19</sup>**

**a) En el proceso para la declaración de incapacidad, recibida la demanda de interdicción, el Juez nombrará tutor interino para que administre los bienes del presunto incapacitado, excepto los de la sociedad conyugal los que administrará el otro cónyuge.**

---

<sup>18</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. *ob. cit.*, p. 348.

<sup>19</sup> *Idem.*, pp. 346, 347.

**El juicio de interdicción se seguirá entre el peticionario y el tutor interino que para tal efecto se designe por el Juez.**

**b) En caso de tutela testamentaria, si por un nombramiento condicional del tutor o por algún otro motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, el Juez proveerá tutor interino del menor.**

**c) Cuando el tutor testamentario estuviere impedido temporalmente sólo debe nombrarse un interino por ser temporal el impedimento.**

**d) Mientras se califica el impedimento o la excusa.**

**e) Mientras que transcurre el plazo de tres meses que se concede al tutor para otorgar garantías de su manejo.**

**f) Cuando el cónyuge incapaz tenga que querrellarse contra su cónyuge tutor.**

**En todos los casos en que se nombre tutor interino al menor, también se le nombrará curador con el mismo carácter si no lo tuviere definitivo o si lo tuviere y se halle impedido.**

#### **2.2.2. PROCEDENCIA, EXTINCIÓN, EXCUSACIÓN.**

**La tutela es un instituto análogo al de la patria potestad y substitutivo de ella cuando los progenitores han muerto o no la pueden ejercer, o cuando no se les conoce. La tutela se abre al verificarse alguna de esas circunstancias.<sup>20</sup>**

---

<sup>20</sup> BARBERO, DOMENICO. *Sistema de derecho privado T. II*, p. 161.

El artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que "ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. La declaración del estado de minoridad o de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil pueden pedirse: 1o. por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años; 2o. por su cónyuge; 3o. por sus presuntos herederos legítimos; 4o. por su albacea y 5o. por el Ministerio Público. Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

El estado de interdicción "es el estado jurídico en que se encuentra una persona que careciendo de las aptitudes personales para gobernarse y administrar sus bienes, es declarado incapaz por sentencia judicial y sometida a la guarda de un tutor. Pueden declararse en éste estado a todas las personas que tengan incapacidad natural y legal, o solamente legal"<sup>21</sup>

Para Marcel Planiol y George Ripert la interdicción "es una sentencia por la cual un Tribunal Civil, después de haber comprobado el estado de enajenación mental de una persona, lo priva de la administración de sus bienes. ésta sentencia implica, como resultado, la apertura de la tutela del sujeto a interdicción"<sup>22</sup>

La interdicción constituye una limitación de la capacidad jurídica que produce siempre la sujeción a tutela de la persona sobre quien recae, esto último como medida de precaución para salvaguardar los intereses del incapacitado cuyos derechos se limitan. Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 46 señala que la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela,

---

<sup>21</sup> PENICHE LÓPEZ, EDGARDO. *Introducción al derecho*, p.139.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 430.

de apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, arbitro, arbitrador o representantes de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

La persona que se encuentre en estado de interdicción pierde la libre administración de sus bienes ya que el tutor necesita dar su autorización para actos de administración. El artículo 635 del Código Civil señala que serán nulos todos los actos de administración y los contratos que celebre el incapaz, sin la autorización del tutor, salvo en el caso de que el pupilo sea capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años, ya que en este caso será consultado para los actos importantes de la administración. Por otra parte se dice también que son nulos los actos de administración y contratos celebrados por los menores emancipados, si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643 del Código precitado el cual menciona, que el emancipado siempre necesitará durante su menor edad: I de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; II de un tutor para negocios judiciales.

El incapacitado por conducto de sus legítimos representantes, solo puede alegar la nulidad de los actos y contratos, sea como acción o como excepción, pero no las personas con quienes contrató, ni los fiadores que se hayan constituido en la obligación, ni los mancomunados en ella.

Como ya quedo establecido, procederá la tutela cuando una persona que no esta sujeta a patria potestad, presente incapacidad natural, y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por si mismo. También puede presentarse en los casos especiales que señala la ley.

El artículo 460 del Código Civil establece que "cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quien haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al Juez Pupilar (sic.) dentro de ocho días a fin de que se provea bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa. Los Jueces del Registro Civil, las Autoridades Administrativas y las Judiciales tienen la obligación de dar aviso a los Jueces Pupilares (sic.) en los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

#### **EXTINCIÓN.**

El Código Civil para el Distrito Civil señala dos supuestos de extinción de la tutela: I por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y II cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

En relación con la emancipación, Rafael de Pina, nos precisa que existen dos tipos de emancipación: la producida por el matrimonio y la derivada de la voluntad de los padres y tutores y ambas producen los mismos efectos, en México solo está reconocida la primera y la Ley Civil señala que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de Derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 401

No debe confundirse la extinción de la tutela con los casos en que un tutor cesa en sus funciones en el curso de la tutela, ya que en este último supuesto la tutela continua con otro tutor, el cambio de tutor puede acaecer por su fallecimiento o por su destitución o si se ve favorecido por una causa de excusa superveniente, cuestión que es muy diferente de la cesación de la tutela.

La Ley Civil para el Distrito Federal, en su artículo 504, señala que serán separados de la tutela:

- I.- Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;
- II.- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- III.- Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 590;
- IV.- Los incapaces, desde que se sobrevenga o se averigüe su incapacidad;
- V.- El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;
- VI.- El tutor que permanezca ausente por mas de seis meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela.

Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada. La obligación de entregar los bienes no se

suspenden por estar pendiente la rendición de cuentas, dicha entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela; cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el Juez puede fijar un término prudente para su conclusión pero en todo caso, deberá comenzarse en el plazo señalado.

El tutor que entre al cargo sucediendo a otro, está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado.

Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado puede ejercitar contra su tutor o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que haya recibido los bienes y la cuenta de la tutela o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley. Si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el pupilo podrá ejercer las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computaran desde que cese la incapacidad.

#### **EXCUSACIÓN.**

En primer lugar, es necesario mencionar lo que disponen los artículos 452 y 453 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales refieren que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima. La persona que se

**rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.**

Sin embargo, "hay causas que taxativamente determinadas por la ley y debidamente justificadas, eximen o dispensan de la obligación de ejercer las funciones de tutor. A diferencia de la incapacidad que supone imposibilidad de ejercer el cargo de la persona en quien recae, aún contra su voluntad, la excusa presupone capacidad, es voluntaria y sólo evita el ejercicio de la tutela para el que la alega. Nuestro Código Civil en su artículo 511, al respecto coloca en primer término el verbo pueden; no el verbo deben"<sup>24</sup>

El artículo 511 de nuestro ordenamiento civil para el Distrito Federal, enumera las causas por las que pueden excusarse de ser tutores, señalando las siguientes:

- 1.- Los empleados y funcionarios públicos;
- 2.- Los militares en servicio activo;
- 3.- Los que tengan bajo su patria potestad 3 o más descendientes;
- 4.- Los que fueren tan pobres que no pueden atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- 5.- Los que por mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente la tutela;

---

<sup>24</sup> IBARROLA, ANTONIO DE. *Derecho de familia*, p. 500.

**6.- Los que tengan sesenta años cumplidos;**

**7.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;**

**8.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.**

El que teniendo excusa legítima para ser tutor y acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede la ley. Por lo anterior, el tutor debe proponer sus impedimentos o excusas dentro del término fijado por el Código de Procedimientos Civiles, y cuando transcurra el término sin ejercitar el derecho, se entiende renunciada la excusa. Si el tutor tuviere dos o más excusas las propondrá simultáneamente dentro del plazo respectivo; y si propone una sola se entenderán renunciadas las demás.

El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado.

Por su parte el artículo 906 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que todo tutor, cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo a no ser que la ley lo exceptuare expresamente. El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer sus impedimentos o excusas, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del Juez competente. Cuando el impedimento ó la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el

**impedimento o la causa legal de excusa. La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa.**

### **2.3 ESTUDIO COMPARATIVO DE LA TUTELA Y PATRIA POTESTAD.**

**En Roma, la tutela se daba para proteger, esto era precisamente para distinguirla de la patria potestad y para indicar que a diferencia de ésta última, que daba al padre de familia la propiedad de los bienes y primitivamente hasta la de la persona del que estaba sometido a ella, la tutela, simple poder protector, sólo tenía por objeto conservar los bienes del pupilo y defender su persona.**<sup>25</sup>

**Las diferencias entre la patria potestad y la tutela son las siguientes, de acuerdo al autor Edgardo Peniche López:**<sup>26</sup>

- 1.- La patria potestad es un poder de hecho; la tutela es un poder de derecho.**
- 2.- En la patria potestad se entra al ejercicio sin necesidad de que haya nombramiento judicial o designación por persona alguna; en la tutela si se requieren ciertas formalidades (nombramientos, aceptación y discernimiento del cargo) que se deben satisfacer ante la autoridad judicial.**
- 3.- La patria potestad siempre recae en un ascendiente del menor; la tutela puede discernirse a extraños.**

<sup>25</sup> OROPEZA A., DIOCLESIANO. *Derecho romano I*, p. 131.

<sup>26</sup> *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*, p. 131.

El autor Manuel Chávez Asencio, hace mención de que se reconoce a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad. Por lo tanto, hay una similitud entre ambas instituciones, pero no necesariamente identidad. La institución que suplente, aún cuando haga referencia a la suplida, no puede ser igual a ésta ni por su origen ni por su naturaleza jurídica, y al efecto dicho autor señala las siguientes características que diferencian a una institución de otra:<sup>27</sup>

a) Fuente.- La patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, por la cual unos descienden de otros; puede originarse también de la adopción y en ambos casos genera una relación paterno filial. En cambio, la tutela se origina por el derecho positivo que crea y organiza la institución en las leyes, según las necesidades propias de cada país.

b) Parentesco.- La relación jurídica que se genera con la patria potestad es de parentesco, que significa una situación o posición dentro de la familia que ocupan padres e hijos. La relación jurídica en la tutela es generada por la ley y no hay parentesco alguno entre tutor y pupilo.

c) Límites.- Se observan límites legales más amplios en la patria potestad pues se deja a quien la ejercen mayor libertad, suponiendo que hay una mayor respuesta de cuidado y protección del padre hacia el hijo derivada de la propia naturaleza de la relación, que la ley acepta y la transforma en jurídica. La relación jurídica que se establece entre tutor y pupilo carece de lo anterior, por lo cual la ley fija límites más estrictos a tutor y curador, haciendo necesaria la participación más fuerte del Juez de lo familiar.

<sup>27</sup> La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, pp. 336, 337.

ESTA TESIS NO DEBE  
SER DE LA BIBLIOTECA

d) **Afecto.-** Fundamentalmente en la relación paterno filial que se genera de la patria potestad, hay una relación de afecto y cariño que se establece entre ascendientes y descendientes. En cambio, la tutela se basa en la solidaridad humana por la cual unos responden para atender las necesidades de otros, en la medida en que es posible, para lograr en la protección y cuidado de los menores.

e) **Institución.-** En cuanto a la institución, ambas lo son, pero la patria potestad es institución principal en cuanto que la tutela es subsidiaria, pues se da cuando no hay quien guarde a la persona o bienes de los que tienen algunas de las incapacidades, natural o legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

#### **2.4 LA GUARDA Y CUSTODIA.**

"La redacción anterior del artículo 259 del Código Civil, prevenía que los hijos mayores de cinco años quedarían al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe; a menos que sólo uno de ellos haya procedido de buena fe, en cuyo caso quedarán todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre, y aún tratándose de divorcio las hijas y los hijos menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumpla esta edad, a menos que la madre se dedique a prostitución o al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse o tuviere una enfermedad contagiosa o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso; ... toda vez que no parece necesario ni conveniente que se disgregue a la familia, sino que dentro de lo posible, todos los hijos queden con uno de los padres para que se pueda hacer una integración familiar. Sin

embargo, conviene señalar una contradicción que se generó con la última modificación al artículo 282 del Código Civil, que se hace aplicable a la nulidad por prevenirlo así el artículo 258 del Código Civil en la fracción VI, como medida provisional, los hijos menores de 7 años deberán quedar al cuidado de su madre; si no hay grave peligro para el desarrollo normal de ellos. Si hay una disposición que otorga la custodia de los hijos menores de siete años, mientras dura el trámite de la nulidad, ... Aquí se observa, nuevamente como al tratar de modificar el derecho sólo reformando artículos aislados (remendando), se generan contradicciones dentro de la legislación como un cuerpo orgánico.<sup>28</sup>

En los casos en que se decreta nulidad de matrimonio o bien por el divorcio de los padres, la ley señala que deben observarse la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos y se faculta al juez para resolver a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso, situación que podrá modificarse de acuerdo a los cambios que pudiesen ocurrir por lo que el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, al referirse a las medidas provisionales que se tomarán mientras dure el juicio de divorcio, señala en la fracción VI, que se deberá "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

---

<sup>28</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. *La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales*, pp. 399, 400.

**También en éste artículo se contempla que la guarda y la custodia deben dársele a la madre cuando tenga una situación económica suficiente, y ésta puede ser menor que la del padre, siempre y cuando esa situación económica es estable y cubre las necesidades del menor.**

**El juez puede modificar sus determinaciones relacionadas a la custodia y puede privar de ésta a quien no cumpla con la obligación de educar convenientemente a su hijo, a quien no observe una buena conducta, y a quien tenga costumbres depravadas o le diere malos tratamientos o abandone sus deberes comprometiendo con ello la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.**

**Cuando en juicio se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaratoria que concede la custodia en favor de algunos de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta es materia de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio correspondiente.**

### **CAPITULO TERCERO.**

#### **LA PROCEDENCIA DE SOLICITAR LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD EN FORMA SIMULTÁNEA.**

En el presente capítulo se presenta una propuesta que tiene por objeto cuidar la adecuada integración social de un menor cuando ha quedado sin ambos padres, para que sea asignado a un núcleo familiar que no le sea ajeno y en el cual encuentre trato y costumbres similares a las que tenía en su familia de origen. Por otra parte, se analiza la opción de dar a familiares cercanos que tengan con los menores fuertes vínculos afectivos, el ejercicio de la tutela legítima, con lo que se evitaría por una parte, obligar a los abuelos paternos y maternos, a entrar al ejercicio de la patria potestad y hacerse cargo de un menor en forma forzosa e indeseada con lo que se prevendría que los menores, pasaran a formar parte de una familia a la cual no están acostumbrados y que quizá ni siquiera les brinde el apoyo material, educativo, y sentimental que necesitan para su desarrollo.

La propuesta busca también mejorar aspectos que inciden en la institución de la familia ya que si bien es cierto, que el Estado busca con las leyes familiares proteger a los individuos que forman parte de esta pequeña sociedad, en ciertas ocasiones, las disposiciones de carácter obligatorio perjudican a quien debe ser protegido, como es el menor o incapacitado. En el caso específico de la tutela, las disposiciones relacionadas con ésta, deberían tener flexibilidad, sin descuidar la seguridad y protección, que deben tener los menores. Creemos que no se debe perder de vista que el Estado regula a una institución que es anterior al Estado mismo y por consiguiente, en su origen, ésta pequeña sociedad diseñó sus propias normas de organización, basados quizá

únicamente en los intereses afectivos y de protección. En éste sentido es importante mencionar lo expuesto por el autor Julien Bonneccase quien señala que "la familia es, aún actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un dato de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animados de una vida colectiva propia, de la cual participan, necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral."<sup>1</sup>

### 3.1 LA EXCUSACION DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA..

El Estado, como sociedad compleja formada por pequeñas familias que lo integran, siempre ha buscado proteger la existencia de dichos núcleos ya que de ello depende su existencia misma, sin embargo puede verse que en ocasiones va mas allá de su ámbito regulador y penetra en atribuciones que por naturaleza deberían corresponder a la organización interna de la familia. En el caso específico de la protección de los menores de edad a través de la patria potestad y la tutela, se ha dispuesto que éstas sean de carácter obligatorio, aún a pesar de que existan otras alternativas más benéficas al desarrollo de los citados individuos o menores. Así tenemos que la patria potestad es irrenunciable conforme a lo dispuesto por la ley y solo menciona dos causas por las cuales puede excusarse la persona a quien corresponda ejercerla, pero existen más causas de excusa que pueden ser tan válidas como las señaladas en la legislación civil, según veremos.

El artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que la patria potestad no puede renunciarse, pero éste mismo precepto legal menciona que pueden excusarse

---

<sup>1</sup> Elementos de derecho civil V. I. p. 500.

aquellos a quienes corresponda ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño. Cabe precisar, que aquellos a quienes corresponde ejercer la patria potestad tienen la facultad discrecional de excusarse cuando cumplan los citados sesenta años, sin embargo, la edad avanzada del progenitor no puede ser invocada por un tercero, como causa forzosa de pérdida de la patria potestad, caso en que operaría la tutela..

La irrenunciabilidad de la patria potestad, se ha establecido por considerarse a ésta, una función social de orden público que constituye una de las bases de la familia, buscando con ello proteger al menor y asegurar su alimentación, educación, y en general su persona así como su patrimonio, pero es de observarse que la función de protección de los hijos tuvo su origen en la filiación y por ello consideramos que es totalmente aplicable su obligatoriedad en lo que hace únicamente al padre y a la madre del menor, para quienes ya no se trata de derechos sino más bien de deberes que tienen que cumplir, ya que por naturaleza, son las primeras personas que deben cuidar a los hijos, educarlos y procurarles el sustento, y así mismo brindarles todo su afecto y atención. Esta obligación deriva principalmente del hecho biológico de la procreación y juega un papel fundamental en el desarrollo emocional y social de los hijos.

En cuanto a las personas a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil mencionado, esto es, la abuela y abuelo paternos así como los maternos, en cuanto a la obligatoriedad del ejercicio de la patria potestad, creemos que deberían considerarse determinadas situaciones, en virtud de que el citado ejercicio lleva consigo una serie de obligaciones que debe proporcionar al menor como, guarda, alimento y educación, entre otras mencionadas en capítulos anteriores, que, si no están en condiciones de cumplirse, por no ser su voluntad o tener un estado económico

deficiente, provocarían consecuencias negativas para los menores, afectando su desarrollo físico y mental, así como su integración a la sociedad de la cual forman parte. al no proporcionarle todo lo necesario para su subsistencia y el afecto que requiere para su buen desenvolvimiento emocional que más adelante contribuirán a formar su personalidad.

Los supuestos mencionados anteriormente no han sido contemplados por nuestra legislación civil, por lo que se estima conveniente que fuesen agregadas como excusas para el ejercicio de la patria potestad, respecto a los abuelos únicamente para los abuelos, por las razones que a continuación se analizan:

### **3.1.1. ESTADO ECONÓMICO DEFICIENTE.**

La difícil situación económica que actualmente envuelve a toda la población, en algunas familias es tan grave que apenas les permite subsistir, es de considerarse también que en los estratos sociales más bajos o de clase media, las personas que se encuentran en edad avanzada, difícilmente tienen las oportunidades de allegarse medios económicos para cubrir sus necesidades personales. Bajo estas condiciones, el hacerse cargo de un menor de edad representa para ellos más que una satisfacción, una pesada carga que difícilmente pueden soportar ya que provoca un menoscabo a su ya deficiente estado económico.

Es de todos sabido que en los primeros años de la vida de las personas, se hace indispensable además del cariño y afecto, una serie de elementos materiales que son quizá igualmente importantes como, vestido, atención médica, educación, útiles escolares, buena alimentación, ya que éstas son necesidades que de no ser satisfechas

podrían ocasionar trastornos emocionales, físicos y mentales en los menores, mismos que a través del tiempo, en caso de no ser superados, se convertirían en problemas psicológicos que dependiendo de su gravedad podrían ser perjudiciales para si mismos y para la sociedad en la que se desenvuelven, toda vez que en muchas ocasiones, al carecer de los recursos indispensables para vivir, llegan a convertirse en delincentes, o en personas socialmente inadaptadas. En virtud de lo anterior, es conveniente que las personas que entren al ejercicio de la patria potestad, exceptuando a los padres, tengan además de moral solvencia económica, lo que permitiría augurar que el menor viva en un ambiente tranquilo, sin preocupaciones que no correspondan a las de su edad, teniendo una forma de vida equilibrada, y la educación conveniente para un buen desarrollo tanto físico como mental. Entre las necesidades primordiales que pueden satisfacerse con elementos de tipo material, tenemos a la alimentación, la salud, y la educación, a las que nos referiremos en adelante.

#### **a). LA ALIMENTACIÓN.**

Uno de los aspectos vitales para todo ser humano es la alimentación y por ello quien tenga a su cargo a un menor, debe satisfacer dicha necesidad, y no inducirlo a allegarse medios para conseguirlos.

Durante el crecimiento del menor, la alimentación es uno de los aspecto más importante que le permitirá su desarrollo normal y que en el futuro pueda tener una vida sana, siendo de todos conocida la gran necesidad de satisfacer de la mejor manera posible, los requerimientos alimenticios de los menores, sobre todo en la primera infancia, etapa en la que necesitan alimentos vitales como la leche, fruta, verduras, y algunos otros.

La manera en que se alimente a los menores, influirá de manera determinante, en su desarrollo físico y en ocasiones también en su ámbito social y comportamiento psicológico ya que un ser humano bien alimentado tiene un mejor desenvolvimiento de su capacidad mental que le permite adaptarse mejor al grupo social siendo de ésta manera un elemento sano y productivo para su grupo y para su familia. La satisfacción de esta necesidad alimenticia genera un gasto económico que deben solventar los padres o quienes ejerzan la patria potestad, para lo cual deben tener solvencia económica que alcance a cubrir ésta y otras necesidades vitales que tenemos los seres humanos. Quien tenga bajo su patria potestad a uno o más menores deberá cuidar su propia subsistencia y la de los mismos menores por lo que no consideramos conveniente que se agrave aún más la precaria situación de quienes no poseen los medios económicos necesarios para alimentar a más personas.

Es de mencionar, que la ley señala como obligación de los que ejerzan la patria potestad, la de suministrar alimentos a quienes estén bajo ésta y cabe recordar que los alimentos comprenden, según lo señala el artículo 308 de la Ley Civil para el Distrito Federal, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden además los gastos indispensables para la educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos.

#### b). LA SALUD.

Desde que el menor nace, es necesaria la atención médica que permita su crecimiento adecuado, al efecto, en los primeros días le son impuestas una diversidad de vacunas y medicamentos para prevenir enfermedades que regularmente se presentan en este periodo. Posteriormente, durante todas las etapas de su desarrollo necesita continuas

revisiones en su salud (dentífricas, oculares, dermatológicas y de salud en general), estas revisiones se intensifican mas aún cuando padecen enfermedades que requieren atención médica especializada, que de no ser atendidas debidamente ponen en peligro su salud y en ocasiones hasta la vida. En la actualidad los honorarios de los profesionistas de la salud y el costo de los medicamentos es demasiado elevado, y en ocasiones estos servicios están fuera del alcance de cualquier familia de escasos recursos, así mismo se debe tomar en cuenta que el aspecto de la salud genera gastos, a veces imprevistos, que debe solventar en forma inmediata, quien tenga al menor bajo cuidado.

En México, los servicios de salud tienen carácter social, pero múltiples deficiencias, lo que no permite que se pueda tener gran confiabilidad en ellos, por experiencia sabemos que siempre será mejor la atención en centros médicos particulares, siendo también de observarse que aún en los casos en que se reciben los servicios médicos por instituciones públicas, el simple hecho de realizar trámites, visitas, traslados y en ocasiones hasta la compra de medicamentos, genera gastos casi siempre considerables.

#### c). LA EDUCACIÓN

En la actualidad, a pesar de que el Estado a implementado una educación básica de carácter social, para solventar la educación de un menor, es necesario contar con cierta capacidad económica que permita cumplir con los requerimientos escolares mínimos, pues si bien es cierto que el gobierno proporciona gratuitamente los libros y al personal docente, los estudiantes deben adquirir diversos materiales didácticos complementarios.

**Respecto a la educación, es importante mencionar que la pobreza también va a influir en las habilidades intelectuales del menor ya que se dice que "los niños de ambientes marginados puntúan muy por debajo de los niños de clase media en mediciones de inteligencia individual y grupal, estandarizadas (brecha que se incrementa con la edad); van a la escuela sin las habilidades necesarias para ingresar al primer grado del plan de estudios, el desarrollo de lenguaje tanto escrito como hablado, es relativamente pobre; sus habilidades de discriminación auditiva y visual no están bien desarrolladas; en cuanto al rendimiento escolar tienen un retraso promedio de dos años en el sexto grado y de tres en el octavo grado; con mayor probabilidad se retiran de la escuela antes de completar la educación secundaria; y aún cuando tengan habilidades para ello, es menos probable que asistan a la universidad" <sup>2</sup>**

**Los menores en los años preescolares desarrollan su habilidad intelectual la cual aumentará o disminuirá según en el ámbito familiar en que se desenvuelva ya que se ha demostrado que los niños que viven en hogares de altos niveles económicos y sociales, en éstos, los padres proporcionan a sus hijos todo lo necesario para satisfacer sus necesidades de compañía, afecto y estímulo intelectual, con mayor frecuencia tratan a sus hijos haciéndoles consultas y explicándoles, a la inversa de los padres de bajos recursos, que en la mayoría de los casos, su forma de educarlos es mediante la coacción, dándoles órdenes amenazándolos y castigándolos. A pesar de lo anterior no significa que los padres de altos ingresos aman a sus hijos mas que los padres pobres.**

**"Los padres pueden ser diferentes debido a distintas tradiciones culturales o debido a que los padres mejor educados han aprendido más sobre la clase de cuidados que necesitan los niños. O pueden ser distintos simplemente porque tienen mas dinero. Libres de la necesidad de gastar la mayor parte de su energía en satisfacer las**

---

<sup>2</sup> WENDKOS OLDS, SALLY. Y DIANE E. PAPALIA. Desarrollo humano. p. 232

necesidades básicas, los padres más acomodados pueden sentirse más a gusto con sus niños y prestar más atención a aspectos de su desarrollo que van más allá de la simple supervivencia.<sup>3</sup>

En familias que no cuentan con los medios indispensables para satisfacer las necesidades de los menores, a pesar de que existe obligación de enviar a los menores a la escuela primaria, se opta por utilizarlos para pedir limosna o para desarrollar trabajos no acordes a su edad.

A falta de los padres, los abuelos entran a ejercer la patria potestad sobre los menores o incapacitados y tenerlos a su cargo, debiendo cubrir los aspectos de manutención y cuidado que éstos requieran, por lo que se les debe conceder la oportunidad de exponer sus condiciones de vida en caso de tener problemas económicos y esto permita tener un panorama del ámbito en el que va ingresar el incapaz.

El autor Edgardo Peniche López expone que "la madre y las abuelas pueden excusarse cuando carezcan de elementos para el sustento o la energía necesaria para imponerse sobre el menor. Entonces se llamará al ascendiente en grado preferente, si no lo hay, se nombrará tutor conforme a derecho".<sup>4</sup>

Actualmente la Ley no debería contemplar como una obligación irrenunciable, el que los abuelos adquieran la patria potestad y sólo prevé como excusas el que tengan sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud, creemos que debería contemplarse como otra adicional el dichos abuelos tengan una capacidad económica demasiado precaria, ya que en ese caso no se favorece a los menores ni abuelos, y por

---

<sup>3</sup> *Idem.*, p. 237.

<sup>4</sup> *Introducción al estudio del derecho*, p. 130.

el contrario se les afecta, y éstos últimos se verían en grave situación económica al tener que satisfacer las necesidades de ambos.

Esto no se consideraría en el caso de los padres, en razón de que éstos siempre tendrán una responsabilidad más directa sobre sus hijos que ellos mismos engendraron y que de acuerdo a la ley debieron hacerlo en forma libre y responsable, situación que no sucede con los abuelos, a quienes, en su caso, se les impone cumplir con dicha obligación, de manera subsidiaria sin que hayan tenido ninguna participación en las decisiones de los padres del menor.

### **3.1.2 LA VOLUNTAD DE LOS ASCENDIENTES QUE ESTABLECEN LAS FRACCIONES II Y III DEL ARTICULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL (ABUELOS PATERNOS Y MATERNOS)**

El artículo a que se hace referencia dispone que la patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejercerá:

**I.- Por el padre y la madre;**

**II.- Por el abuelo y la abuela paternos.**

**III.- Por el abuelo y la abuela maternos**

La patria potestad tomó su origen de la filiación, esto es, en la maternidad y paternidad, en consecuencia por naturaleza dicha institución recae directamente en los padres. La patria potestad está constituida por un conjunto de deberes y derechos hacia los hijos,

se observan límites legales demasiado amplios, dejándose a quien la ejerza, mayor libertad que en las demás instituciones de protección del menor, como pueden ser la tutela y la adopción, esto es así porque la ley supone que hay una mayor respuesta de cuidado del padre hacia el hijo derivada de la relación de consanguinidad lo que augura afecto y cariño, dicha relación es aceptada por la ley y transformada en una relación de tipo jurídico.<sup>5</sup>

Respecto de lo anterior cabe mencionar que los argumentos para la obligatoriedad son válidos en relación a los padres pero no pueden ser siempre aplicables en cuanto a los abuelos paternos o maternos ya que si bien existe un parentesco consanguíneo, éste no se da de forma tan directa y en ocasiones los abuelos no tienen relaciones de verdadero afecto con sus nietos y al obligarlos a desempeñar un papel que lleva implícitas una serie de responsabilidades hacia alguien que no quieren, que a la larga causara un grave daño en su desarrollo integral.

El ser humano en todas las etapas de su vida, necesita de afecto, cariño y apoyo, necesidades que varían según las circunstancias y etapas de desarrollo y evolución en que se encuentra el individuo, sin embargo es de señalarse que en todos los periodos de la vida es necesario contar con estos elementos pero principalmente durante la niñez, que es la etapa más importante de formación del individuo. El hecho de que el menor no cuente con el suficiente cariño y afecto puede traer consigo que no sea feliz en su ambiente familiar, situación que se reflejará posteriormente en su entorno social, llegando incluso a convertirse en delincuente o inadaptado.

De lo anterior se infiere cuan importante es el que quien ejerza la patria potestad, esté dispuesto a brindarle al menor cariño y afecto, más que como obligación jurídica, como

---

<sup>5</sup> VID., Capítulo segundo, 2.3. de éste mismo trabajo, p. 78.

**compromiso moral y espontáneo o en virtud de que no se puede obligar a nadie a querer a una persona.**

**Considerando éste razonamiento, resulta conveniente proponer, el que la ley contemple como una excusa para el ejercicio de la patria potestad, en el caso de los abuelos paternos y maternos, el que éstos manifiesten expresamente que tienen el deseo de ejercer la patria potestad, ya que de lo contrario en vez de beneficiar al menor, éste resultará afectado al recibir malos tratos, descuidos, falta de atención e incluso en muchos hogares los niños llegan a ser golpeados, provocándoles lesiones, físicas y mentales, aduciendo la facultad de corregirlos.**

**Cuando los abuelos no han convivido con el menor y adquieren la patria potestad sobre éste, se inicia una etapa de acoplamiento en sus vidas, cambiando diversos aspectos de manera radical, lo que afecta su vida sentimental, sus costumbres, educación, principios morales, regímenes alimenticios, es de destacar que en el momento en que los abuelos entran al ejercicio de la patria potestad no se puede saber el resultado de éste acoplamiento. Como es sabido, incluso en familias donde existen relaciones estables, se dan situaciones en las que los hijos no se integran completamente a ellas y tienen problemas con su padres, convirtiéndose en personas inestables en todos los aspectos, esto ocurre a pesar de que sus progenitores han vivido con ellos durante toda su vida.**

**Además, tampoco se considera válido que se obligue a los abuelos a desempeñar la tutela contra su voluntad cuando los padres obren de manera irresponsable, en términos del artículo 444 fracción III del Código Civil el cual señala que dichos padres perderán la patria potestad " cuando por las costumbres depravadas, ...malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal".**

Las excusas que se proponen, no serían aplicables a los padres en virtud de que éstos, por naturaleza, tienen el mas fuerte vínculo con los hijos que es el de la filiación y como lo señala el autor Manuel Chávez Ascencio, "de las instituciones que constituye el derecho de familia, la filiación tiene una relevante importancia. La responsabilidad que se genera con la procreación es única, sobre todo en los primeros años que exigen una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad. En esta materia encontramos también el amor que es fundamental para la procreación y educación de los hijos. La relación humana vinculante de la filiación está impregnada de amor; consecuentemente también lo está la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre derecho y vida."<sup>6</sup>

Con base en los argumentos manifestados, la propuesta en particular es que se agreguen al artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, las fracciones III y IV, para quedar dicho artículo de la manera siguiente:

**"La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quien corresponda ejercerla, pueden excusarse,**

**I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;**

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

**III. Tratándose de los abuelos paternos y maternos, éstos en estado económico deficiente debidamente probado y,**

---

<sup>6</sup> La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, p. 1.

**IV. En el caso de los abuelos paternos y maternos, cuando no sea su voluntad ejercerla, situación que deberá resolver el Juez de lo Familiar de acuerdo a las circunstancias del caso.**

**También puede promoverla cualquier persona con derecho a tutela legítima, que tenga conocimiento de que algún ascendiente del menor o incapacitado, está en alguna de las excusas citadas."**

### **3.2 SOLICITUD DE LA TUTELA DE MANERA INDISTINTA O SIMULTÁNEA, EN RELACIÓN CON QUIENES PUEDEN EJERCER LA PATRIA POTESTAD.**

**Antes de continuar con este punto de nuestra propuesta, en relación a la tutela consideramos necesario mencionar lo que cita el autor Manuel Chávez Asencio en el sentido de que actualmente en las diversas legislaciones existen tres categorías en las que se puede clasificar a los sistemas tutelares que son las siguientes:<sup>7</sup>.**

**a).- TUTELA DE AUTORIDAD.- Dentro de este sistema existen legislaciones que consideran que la protección del pupilo incapacitado es un asunto del estado y por ello encomiendan la misión tutelar a las autoridades judiciales al considerar que se trata de un asunto jurídico y otras consideran que se trata de un asunto administrativo más en contacto con la vida social.**

**b).- TUTELA DE FAMILIA.- Este régimen se debe a la influencia del Código de Napoleón, el que, al parecer, lo tomó del derecho consuetudinario francés. Es el sistema preferido en aquellos países que entienden la tutela como una misión de la familia,**

<sup>7</sup> La familia en el derecho. relaciones jurídicas paterno filiales. p. 336.

como una necesidad sentida que sólo puede llevar a efecto, bien y mejor por un cúmulo de personas ligadas al menor por los vínculos de parentesco o de la buena amistad, lo que hace que los ciudadanos sean el exponente de los desvelos que produce el cariño y el buen querer. El mecanismo y funcionamiento de la tutela está en manos del Consejo de Familia que posee autoridad suprema en esta materia. El tutor debe atenerse a los dictados de ésta Asamblea o Consejo de familia que tienen potestad de corrección.

c).- **SISTEMA MIXTO.**- Este sistema se caracteriza porque participa de ambos, y la tutela, no obstante ser familiar, se ejerce bajo la inspección y vigilancia de funcionarios administrativos encargados de los menores, con facultades semejantes a las que pudiera tener el Ministerio Público.

En México nuestra legislación contempla un sistema mixto ya que las disposiciones contemplan, además de la obligatoriedad, el hecho de que quienes preferentemente entren al ejercicio de la tutela legítima sean los familiares cercanos, por otra parte quienes realizan funciones de vigilancia, y resolución, son las autoridades administrativas y judiciales, y así vemos también que se han creado instituciones públicas que protegen y asesoran a los miembros de la familia cuando existen problemas internos, entre ellas podemos mencionar al Sistema de Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

En cuanto a la institución de la tutela, es necesario mencionar que mientras en la patria potestad se entra al ejercicio sin necesidad de que haya nombramiento judicial o designación por persona alguna en términos de los artículos 414, 418 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal, la tutela se confiere por medio de una resolución judicial que es el Acta de Discernimiento de Tutela, el procedimiento se encuentra regulado por el Código de Procedimientos Civiles para en Distrito Federal en

**sus artículos del 902 al 914, está contemplado como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se detalla en seguida;**

**a) Previamente se deberá declarar el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella. Una vez que esto se efectúa se procederá al nombramiento del tutor siendo necesario que éste, cualquiera que sea su clase, acepte previamente el cargo y preste las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna dicho cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.**

**b) El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual termino debe proponer sus impedimentos o excusas, disfrutando un día mas por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de residencia del Juez competente.**

**c) Una vez seguido el procedimiento en todas sus partes, deberá emitirse, en caso de que se cumplan con todos los requisitos, el Acta de Discernimiento que deberá contener:**

**1o.- Nombre, apellido y edad del incapacitado.**

**2o.- La clase de incapacidad por la cual se ha discernido la tutela.**

**3o.- El nombre y demás generales de las demás personas que han tenido al incapacitado bajo su patria potestad, antes del discernimiento de la tutela.**

**4o.- El nombre, apellido, edad, profesión y domicilio del tutor y del curador.**

5o.- La garantía dada por el tutor, asentándose el nombre y apellido y generales del fiador (si es fianza) y ubicación o señales ( en caso de hipoteca o prenda).

6o.- El nombre del Juez que pronunció el auto de discernimiento y la fecha de este.

El acta de tutela se anotará al margen de la de nacimiento del incapaz, remitiéndose copia certificada de la misma al Juez del Registro Civil que levantó el acta de nacimiento, si la tutela fuere levantada por Juez distinto.<sup>8</sup>

La ley señala que la tutela solo procederá sobre las personas que no estén sujetas a la patria potestad y, como se ha mencionado anteriormente, en caso de muerte de los padres, los abuelos deben ejercerla, sólo cuando éstos no la desempeñen, habrá lugar a la tutela. Sin embargo consideramos que debe analizarse la posibilidad de que al morir los padres, pueda solicitarse simultáneamente o de manera indistinta la tutela legítima, por las personas que tengan interés o la patria potestad por parte de los abuelos paternos o maternos, facultando al Juez para que otorgue una o la otra, de acuerdo a las circunstancias que se presenten en cada caso, cuidando siempre ubicarlo en el ambiente que resulte ser el más conveniente para el menor.

"El bien de los hijos es el principio que regula toda la filiación. Nuestra legislación nos previene que el bonum filii debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc. La protección que la Ley garantiza es igual para los nacidos dentro y fuera del matrimonio y también para aquellos que no tienen ninguna relación biológica como el caso de la adopción".<sup>9</sup>

<sup>8</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho civil primer curso, p. 413.

<sup>9</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, p.6

Actualmente no puede considerarse a la patria potestad como el poder absoluto que anteriormente se ejercía sobre los hijos, y debe buscarse que éstos estén bajo el cuidado de la persona que mejor puede cubrir sus necesidades materiales y afectivas dando quizá mas énfasis a estas últimas y, como lo menciona Manuel Chávez Ascencio "resulta evidente que es anacrónico el término de patria potestad porque actualmente ya no hay tal potestad; es decir no hay un poder sobre la persona o sobre la cosa sino un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres que se ejercen en beneficio de los hijos. Mas que una potestad o un poder se trata de un servicio, del ejercicio de la autoridad de la que se excluye toda idea de autoritarismo".<sup>10</sup>

También es de considerarse en cuanto a la tutela, que esta institución pretende defender y proteger a los menores de edad o incapacitados, y como ya ha quedado establecido en capítulos anteriores, es el fin de protección el que se pone de relieve por su misma etimología y en este sentido a pesar de que en el derecho moderno ha prevalecto en su organización un interés público, los preceptos que la rigen, deben de garantizar en primer lugar los intereses del pupilo.<sup>11</sup>

En relación con la tutela el autor Manuel Chávez Ascencio señala que "en el curso de la evolución histórica se advierte la significación que va adquiriendo, ya no sólo en el aspecto ético, sino también en el jurídico, el cuidado de los intereses del pupilo y los deberes del tutor, pues se introducen cambios en cuanto a las personas llamadas a ejercer la tutela tendientes a servir en mayor medida el interés del pupilo. El Estado empieza a reconocer que el cuidado de éste es una cuestión pública y dicta normas sobre el nombramiento de tutores y su gestión."<sup>12</sup>

<sup>10</sup> La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, p. 268.

<sup>11</sup> VID., Capítulo primero, 1.3 de este mismo trabajo, p. 25.

<sup>12</sup> La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, p. 328.

Como se observa, ambas instituciones, la tutela y la patria potestad, persiguen un fin común que es la defensa y protección de los menores y de quienes se encuentran en estado de incapacidad, por lo que en nuestra opinión no se justifica que la ley señale terminantemente que, en caso de que falten los padres, en orden quienes deben hacerse cargo de los citados menores o incapacitados sean los abuelos paternos o maternos, ya que esta circunstancia deja en ocasiones fuera a personas que tienen una relación afectiva más estrecha con los menores o incapacitados, como podrían ser los hermanos mayores quienes tienen lazos de parentesco consanguíneo que suponen amistad, afecto y cariño preferente a cualquier otra persona, y no existe razón válida para que en su caso estos tengan que esperar a que los abuelos paternos o maternos se excusen para ejercer la patria potestad.

Es común ver en ocasiones, cómo los menores son arrancados del lado de sus hermanos mayores de edad con quienes han convivido toda la vida, para ponerlos bajo la patria potestad de los abuelos que a veces son personas totalmente extrañas a ellos sin existir siquiera un vínculo afectivo que pudiera serles benéfico.

En este sentido, es necesario reflexionar que el parentesco se derivó en principio del vínculo de sangre, siendo este vínculo el natural por excelencia, por lo que consideramos que es el que primeramente haya de considerarse, ya que "el vínculo de la sangre se manifiesta de dos maneras: por razón generatriz entre padres e hijos, y por razón de congeneración entre hermanos y descendientes de estos. Esta doble visión es impuesta por la naturaleza."<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO ZAVALETA. *Comentarios al Código Civil*, p. 321.

La propuesta respecto a que la ley permita la solicitud de la tutela legítima de manera simultánea con el ejercicio de la patria potestad de los abuelos maternos y paternos, se sustenta en las experiencias que ocurren comúnmente con menores cuyos padres fallecen, y como consecuencia de ello se obliga a los abuelos a ejercer la patria potestad, no estando éstos en condiciones económicas de hacerlo, o bien no teniendo ningún afecto o cariño por los menores, dando como resultado que les den malos tratos, o les sean indiferentes en cuestiones de cariño y de apoyo emocional.

Las condiciones sociales tienen continuos cambios que generan nuevas actitudes hacia la vida y hacia los demás miembros de ella, y no se debe pretender detener los cambios sociales con disposiciones jurídicas que no tengan vigencia, las relaciones familiares también van evolucionando, al plantear reformas referentes a las instituciones de protección a los menores es por considerar que la ley debe estar acorde a las necesidades sociales y en ese sentido, "el derecho concebido con esa finalidad, no puede ser una disposición arbitraria de la autoridad estatal. Pretende garantizar la tranquilidad pública y el respeto a los altos valores humanos, para lograr la coexistencia pacífica y ordenada de los miembros de la colectividad. Mira a garantizar que a través de la justicia, el orden y la seguridad, cada uno pueda realizar a la vez que sus fines particulares, el bien de todos, el interés colectivo."<sup>14</sup>

Como un dato interesante podemos mencionar que en Francia, la defunción de uno de los padres, es para los hijos legítimos, el hecho que abre originariamente la tutela. Cuando la tutela se abre por esta causa, encuentra casi siempre al lado de ella, la patria potestad, perteneciendo al padre superviviente. En estos casos hay una coexistencia de ambas instituciones protectoras de los menores (patria potestad y tutela).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> GALINDO GARFÍAS, IGNACIO. *Derecho civil primer curso*, p. 38.

<sup>15</sup> Cfr. PLANIOL, MARCEL Y GEORGE RIPERT. *Op. cit.*, p. 307.

El autor Antonio De Ibarrola también hace mención a lo referido en el párrafo anterior diciendo que "en Francia, abierta la tutela de algún hijo legítimo del primero de sus padres, el superstite sigue ejerciendo la patria potestad, pero únicamente en lo que concierne a la persona del hijo; en una forma curiosa se establece que no administrará los bienes de este más que en calidad de tutor y no como administrador legal. En nuestro país tutela y patria potestad se excluyen entre sí." <sup>16</sup>

### **3.3 SOLICITUD DE LA TUTELA POR INEXISTENCIA DE PERSONA QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD.**

La solicitud simultánea de la tutela legítima y de la patria potestad respectivamente, debe tener siempre como presupuesto la inexistencia de los padres, personas que originalmente deben ejercer la patria potestad, o bien que estos hayan perdido dicha patria potestad por las razones que señala el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que sólo en este supuesto será posible que en igualdad de circunstancias, tanto los hermanos como los abuelos paternos o maternos de un menor o incapaz, simultáneamente estén en posibilidad de solicitar la guarda, custodia y demás derechos y obligaciones inherentes, con el objeto de proteger el desarrollo integral de dichos menores o incapacitados.

Para que ocurra la circunstancia previa requerida, es necesario que ocurran cualquiera de los siguientes tres hechos posibles: que se decrete la pérdida de la patria potestad de ambos padres; que fallezcan los mismos; o que prospere alguna excusa de ambos para el ejercicio de la patria potestad.

---

<sup>16</sup> Derecho de familia, p. 482.

### **3.3.1. FALLECIMIENTO DE LOS PADRES DEL MENOR.**

Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 418 señala que, a falta de los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 (abuelos paternos y maternos), en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Como puede verse, la ley contempla que, en el supuesto de que falten los padres, automáticamente el hijo quedará bajo el cuidado de los abuelos, sin embargo no estamos de acuerdo con esta disposición por las razones ya expuestas y consideramos que en algunos casos resultaría más benéfico que se permitiera solicitar la tutela a las personas que sean idóneas para desempeñarla, solicitud que habría de realizarse ante el Juez de lo Familiar quien deberá decidir en un término breve para no dejar en el desamparo a los menores o incapacitados.

### **3.3.2 EXCUSAS DE LOS PADRES.**

La ley también contempla casos en que los padres puedan excusarse ya que en el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quien corresponda ejercerla (incluyendo a los padres) pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos y; II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Quando los padres de un menor hacen valer alguna excusa, y ésta procede, éste quedaría en igual situación, como si hubieren fallecido ambos cónyuges, como consecuencia deben entrar al ejercicio de la patria potestad los abuelos paternos o maternos. En este supuesto y de acuerdo a los razonamientos expuestos, proponemos que de igual manera, pueda solicitarse de inmediato la tutela legítima por quienes reunieran las condiciones que contempla la ley.

En lo que hace a la tutela, nuestra legislación dispone, que ésta es un cargo de interés público y nadie puede eximirse de él sino por causa legítima (art. 452). Estas causas se llaman excusas y, oportunamente alegadas y debidamente justificadas, eximen de la obligación de desempeñar cargos tutelares. Se diferencian de las incapacidades en que estas se establecen en beneficio del tutelado y las excusas, por el contrario, ven por el interés de los llamados a ejercer la tutela.

La Ley Civil generalmente parece tomar a la tutela como una carga legal, de carácter obligatorio, sin embargo, no siempre es de esa manera, ya que en ocasiones existen familiares, distintas a los abuelos que tienen la voluntad, los medios económicos suficientes y un gran afecto por los menores, que de manera totalmente voluntaria, podrían hacerse cargo de los menores sin sentir que le es impuesta la obligación, lo cual le permitiría que ejercieran sus funciones de manera más eficaz. Respecto a lo anterior, Marcel Planiol y George Ripert, mencionan que "no debe definirse la tutela como una carga legal, ni incluir en su definición el carácter obligatorio que generalmente presenta. La tutela no siempre es forzosa; a veces es voluntaria."<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 303.

#### **3.4. DESIGNACIÓN DE LA TUTELA O PATRIA POTESTAD CON BASE EN LOS ARTÍCULOS 420, 448 Y 449 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS MODIFICACIONES.**

**Para que fuese posible la solicitud y designación de la tutela o de la patria potestad simultáneamente, sería necesario reformar diversos artículos de la ley civil, especialmente el 420, 448 y 449 así como otros que se relacionan. En éste punto se analizan las posibles modificaciones que pudieran hacerse a éstos artículos.**

**El artículo 420 del Código Civil regula la manera en que entrarán al ejercicio de la patria potestad las personas que señala el citado ordenamiento, mismas que ya han sido estudiadas, dicho precepto señala que "solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho."**

**Según los criterios mencionados, y las razones también expuestas, creemos que es procedente modificar el artículo citado con el objeto de permitir a otros parientes distintos a los abuelos que guardan una estrecha relación familiar y afectiva con los menores, que asuman la guarda y custodia de éstos, modificando el que entren automáticamente al ejercicio de la patria potestad los que obligatoriamente y de manera impositiva señala la ley. Esto sería una manera de prever que quien se haga cargo de los citados menores lo haga de forma voluntaria, consciente, honesta y responsable.**

De acuerdo a nuestra propuesta, el artículo 420 del Código Civil debería contemplar que por falta o impedimento de los padres, y en el caso de que existieran personas con interés y derecho a ejercer la tutela legítima, éstos pudieran solicitarla, aún cuando existieran los ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, teniendo el Juez facultad de otorgar el ejercicio de una u otra institución de acuerdo a las circunstancias especiales del caso. Como consecuencia de ésta modificación, tendrían que reformarse los artículos inherentes del Código Civil, así como las disposiciones procesales que no se encuentren acordes.

En cuanto a la modificación del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, en anterior análisis ya han quedado explicadas las consideraciones para ello y por tanto se sugiere se agreguen dos fracciones mas a éste precepto señalando como excusas para quienes corresponde ejercer la patria potestad, el estado económico deficiente y la voluntad, lo anterior a excepción de los padres, quienes tienen una obligación natural y jurídica más fuerte con sus hijos.

Como quedó establecido, proponemos que en el artículo permanezca la disposición de que la patria potestad no es renunciable, así como las excusas contenidas en las fracciones I y II, pero que se le agreguen dos fracciones más, una que contemple el caso en que los abuelos paternos o maternos, se encuentren en estado económico deficiente, y otra más, cuando no sea su voluntad ejercerla, aclarando que éstas excusas solo podrán hacerlas valer los abuelos paternos y maternos.

Las excusas a que se refiere el artículo 420, incluyendo las que se proponen, tendrían que quedar plenamente acreditadas ante el Juez de lo Familiar, quien resolvería de acuerdo a las circunstancias del caso. Respecto a la última excusa que se propone

**agregar, ésta sólo procedería cuando existiera persona con interés y derecho que solicitara la tutela del menor.**

**Por otra parte sería necesario, como consecuencia de lo anterior, que se adecuaran también los supuestos de procedencia de la tutela a efecto de que fuera coherente con las modificaciones que se sugieren, especialmente el artículo 449 que actualmente dispone lo siguiente:**

**"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad legal o natural, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales en que señale la ley.**

**En la tutela, se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413."**

**Considerando todo lo expuesto, no solo procedería la tutela cuando los que tienen incapacidad legal y natural, no estuvieren sujetos a la patria potestad, toda vez que inmediatamente después de que fallecieran o se encontraran impedidos los padres, podría solicitarse la tutela aún cuando existieran los demás ascendientes a que se refiere el artículo 414.**

**Con las propuestas de reformas a los artículos del Código Civil que se han mencionado, se pretende que la institución de la patria potestad, no tenga carácter de inflexible como es actualmente en el caso de los abuelos paternos o maternos, y antes de pretender obligarlos a entrar al ejercer dicha patria potestad sobre menores a quienes quizás no**

conocen o no guardan ningún afecto, se de la oportunidad a otros familiares, que además de reunir las condiciones para hacerse cargo del menor, les conocen y les guardan afecto y cariño, en especial cuando se trata de los hermanos mayores de edad con quienes los menores tienen confianza y han formado parte del mismo grupo familiar existiendo un fuerte vínculo entre ellos aunado al parentesco. Por otro lado se lograría evitar que los menores pasaran a formar parte, de manera obligatoria, de una familia totalmente distinta a la que se han acostumbrado y tendrían la oportunidad de quedar bajo el cuidado de alguien que los aprecie sin tener que adaptarse a costumbres y formas de vida totalmente nuevas.

Con todo lo expuesto en el presente trabajo pretendemos contribuir a lograr, que disposiciones legales demasiado estrictas no lleguen a provocar la desintegración de familias que siempre han vivido muy unidas y que por alguna lamentable razón han quedado sin ambos padres, existiendo hermanos mayores de edad o bien familiares cercanos que les guardan gran aprecio a los niños, ya que de permanecer unida la familia se logrará que los menores en el futuro sean seres humanos estables y productivos para sí mismos y para la sociedad.

## **CONCLUSIONES.**

**PRIMERA.-** La familia es el elemento central de toda sociedad y por ello el Estado dicta normas encaminadas a proteger esta institución, sin embargo, en ocasiones dichas normas no consideran el origen natural de las relaciones familiares, generando resultados negativos en los miembros que la integran, tal es el caso de la obligación que tienen los abuelos de ejercer la patria potestad cuando faltan los padres.

**SEGUNDA.-** La patria potestad, toma como punto de partida a la filiación, por lo que ha sufrido cambios en el transcurso del tiempo por ejemplo, en el Derecho Romano se le confería un poder ilimitado al padre, y en la actualidad es una institución de asistencia y protección a los menores, con especial énfasis de las obligaciones de los padres respecto de los hijos.

**TERCERA.-** La tutela es una institución de interés público, supletoria de la patria potestad y tiene por objeto la guarda de la persona y de los bienes de los menores e incapacitados cuando éstos no están sujetos a la patria potestad, en esta institución las facultades del tutor son menos amplias que en el caso de la patria potestad, y existe más control y vigilancia sobre éste por no existir un vínculo de parentesco tan directo.

**CUARTA.-** Los efectos que se originan de la patria potestad son de diversa índole; existen obligaciones recíprocas entre el que la ejerce y el menor, como es el caso de los alimentos. Hay obligaciones y facultades que sólo corresponden a quienes la ejercen, como son el brindar educación a los menores y el poder de corregirlos; también hay obligaciones exclusivas de los hijos como son las de honrar, obedecer y respetar a sus padres, así como no abandonar su casa sin su permiso; en cuanto a la administración de los bienes del menor, quienes ejercen la patria potestad la realizan con las limitaciones que la ley señala.

**QUINTA.-** La patria potestad, la tutela y la adopción, son instituciones con un mismo objeto que es la asistencia, guarda y protección de los menores o incapacitados, y fueron creadas con el fin de no dejarlos desprotegidos, en ningún supuesto

**SEXTA.-** Para el ejercicio de la tutela legítima se prefiere a los parientes más cercanos sobre los más lejanos, en virtud de que ésta tutela toma como base los lazos de parentesco, los cuales hacen suponer la existencia de amistad, afecto y cariño, sin embargo, a pesar de lo anterior, solo procede cuando no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o bien por causa de divorcio.

**SÉPTIMA.-** A efecto de que se cumpla en su totalidad el objeto de la patria potestad y la tutela, que es el de proporcionar al menor un ámbito familiar idóneo para su desarrollo físico, psicológico y social, es necesario que quien tenga a su cargo al menor, reúna las condiciones indispensables para poder proporcionarle los alimentos conforme a lo dispuesto por la ley y que voluntariamente proporcione al menor todo su apoyo económico y afectivo.

**OCTAVA.-** En nuestra opinión la ley vigente es demasiado estricta, al establecer la obligatoriedad de los abuelos para ejercer la patria potestad, sin contemplar supuestos tan importantes como pueden ser el estado económico deficiente de éstos que en ocasiones no les permite satisfacer las necesidades del menor, o bien, la falta de voluntad para su ejercicio, lo que puede traer consigo descuido y malos tratos para el sujeto a la patria potestad.

**NOVENA.-** A falta de padres, y éstos no hayan designado tutor testamentario, y existan parientes cercanos del menor con quienes éste ha convivido, o que por alguna razón le guarden gran afecto y cariño, consideramos que resulta más conveniente que éste quede bajo su guarda y custodia, y no obligar a los abuelos a ejercer la patria potestad en perjuicio del menor.

**DÉCIMA.-** Con el fin de que la ley contemple una situación que de hecho ocurre y que en la práctica hemos observado, se considera necesario modificar el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal agregando las fracciones III y IV, en donde se prevén como excusas para el ejercicio de la patria potestad las siguientes: III.- Tratándose de los abuelos paternos y maternos, éstos se encuentren en estado económico deficiente debidamente probado y; IV.- En el caso de los abuelos paternos y maternos, cuando no sea su voluntad ejercerla, situación que deberá resolver el Juez de lo Familiar de acuerdo a las circunstancias del caso. Lo anterior permitiría a los hermanos de un menor, con quien normalmente convive y existe una estrecha relación de afecto y cariño, estén en condiciones de hacerse cargo del mismo, aún cuando sobrevivan los abuelos, en virtud de que el parentesco consanguíneo nace de un hecho natural y existe entre personas que descienden unas de otras o que reconocen un antecesor común, vínculo que inicialmente dio origen a la familia y por ello genera los más fuertes y directos lazos afectivos entre sus miembros

**DÉCIMA PRIMERA.-** En razón de lo anterior, es necesario reformar los artículos 420, 448 y 449 del Código Civil, de manera precedente a fin de que sea posible que los hermanos u otros parientes que no sean los abuelos, soliciten la tutela legítima y concurre simultáneamente con la patria potestad por parte de los abuelos, y así mismo se otorgue facultad al C. Juez para otorgar el ejercicio de una u otra institución, cuidando en todo momento el bienestar del menor.

## BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- **BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ.** Derecho de Familia y Sucesiones. México, Harla, 1990, 493 p.
  
- 2.- **BARBERO, DOMENICO.** Sistema del Derecho Privado II. Derechos de la Personalidad. Derecho de Familia-Derechos Reales. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, 485 p.
  
- 3.- **BONNECASE, JULIEN.** Elementos de Derecho Civil. Traducción de José M. Cajica J. R. T. I. Tijuana, B. C., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, 700 p.
  
- 4.- **BRANCA, GIUSEPPE.** Instituciones de Derecho Privado. México, Porrúa S.A., 1978, 674 p.
  
- 5.- **CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.** La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México, Porrúa S.A., 1985, 587 p.
  
- 6.- **CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.** La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 2a. ed. México, Porrúa S.A., 1992, 368 p.

7.- FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. 2a. ed. México, Porrúa S.A., 1978, 386 p.

8.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil Primer Curso. 3a. ed. México, Porrúa S.A., 1979, 750 p.

9.- GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO. Elementos de Derecho Civil. 7a. ed. México, Trillas, 1990, 208 p.

10.- IBARROLA, ANTONIO DE. Derecho de Familia. 4a. ed. México, Porrúa S.A., 1993, 608 p.

11.- LEMUS GARCÍA, RAÚL. Derecho romano, México, Limusa, 341 P.

12.- LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J. Patria Potestad, Tutela y Curatela. Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1993, 233 p.

13.- MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Derecho de Familia. México, Porrúa S.A., 1988, 586 p.

14.- **MERCHANTA, FERMIN RAÚL.** La Adopción. 1a. reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1993, 661 p.

15.- **MESSINEO, FRANCESCO.** Manual de Derecho Civil y Comercial. T. III. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, 619 p.

16.- **MOTO SALAZAR, EFRAIN.** Elementos de Derecho. 22a. ed. México, Porrúa S.A., 1977, 452 p.

17.- **MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO ZAVALA.** Comentarios al Código Civil. Vol. I. 2a. ed. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, 895 p.

18.- **OROPEZA A., DIOCLESIANO.** Derecho Romano I. México, UNAM-ENEP ARAGÓN, 1985, 261 p.

19.- **PENICHE LÓPEZ, EDGARDO.** Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 10a. ed. México, Porrúa S.A., 1975, 320 p.

20.- **PINA, RAFAEL DE.** Derecho Civil Mexicano. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas- Familia T. I. 7a. ed. México, Porrúa S.A., 1975, 404 p.

21.- PLANIOL, MARCEL Y GEORGES RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio. Vol. II. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, 520 p.

22.- RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L. La Tutela. Barcelona Bosch Casa Editorial Urgel, 1954, 330 p.

23.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil I. 18a. ed. México, Porrúa S.A., 1982, 502 p.

24.- WENDKOS OLDS, SALLY Y DIANE E. PAPALIA. Desarrollo Humano. 2a. ed. y 1a. en español, México, McGraw-Hill de México, S.A. de C.V., 1985, 753 P.

## **LEGISLACIÓN.**

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.**
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal, con Jurisprudencia.**
- 4.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**
- 5.- Código Penal para el Distrito Federal.**
- 6.- Jurisprudencia.**

**DIVERSAS FUENTES CONSULTADAS.**

**1.- COMISIÓN DE DOCENCIA DE LA SECCIÓN CIENCIAS DE EDUCACIÓN, INTERVENCIÓN Y EVALUACIÓN NIVEL INDIVIDUAL, Recopilación elaborada en la carrera de psicología, ENEP Zaragoza, 560 P.**

**2.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Porrúa S.A., 1991.**

**3.- Enciclopedia Omeba, Derecho-Diccionario, Buenos Aires Driskili..**