

293
21.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

LA FALTA DE SOLVENCIA ECONOMICA Y MORAL
COMO CAUSA DE PERDIDA DE 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 :

MARIA GUADALUPE MEZA SANDOVAL

ASESOR: LICENCIADO JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN

MEXICO,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:

**Gracias, por permitir a mis
padres darme la vida y no nada más
eso sino por darme una segunda
oportunidad ante la vida.**

A la Virgen de Guadalupe:

**Gracias, por darme todas sus
bendiciones siempre y permitirme ser
una profesionista.**

A mis Padres:

**María Guadalupe
Sandoval y Rafael Meza,**
principalmente por haberme dado la
vida, y por el apoyo que me han
brindado hasta ahora en todos los
aspectos, para poder llegar a ser una
carrera profesional, siendo para mí el
mejor de los orgullos.

A mis Hermanos:

**Refugio Rafael,
Marisol,
Liliana,
Hugo César y,
Luis Alberto,**

**Gracias, por sus
sacrificios y apoyo para concluir mi
carrera.**

A mi Abuelo: (†)

Ventura Sandoval que con su entereza siempre demostró una gran valentía ante la vida hasta los últimos días de su existencia, siendo ésta la mejor de las herencias.

**Agradezco, al Licenciado
Juan Manuel Hernández Roldán,
porque con su apoyo desinteresado e
incondicional me ayudo a concluir el
presente trabajo.**

**A mis Profesores y a la
Escuela Nacional de Estudios
Profesionales Aragón. Gracias, por sus
enseñanzas siempre tratando de dar lo
mejor de sí.**

A mis Amigos:

Principalmente a Bertha Barrios Martínez, Guillermina Cruz Galindo, Luz María López Conde, Félix López Sánchez, José Guadalupe Felipe Santiago, Marco Antonio Palmer Arias, y a todas aquellas personas que directa e indirectamente intervinieron en el presente trabajo. Gracias por su apoyo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA FAMILIA

A.-	EVOLUCION	01
1.-	PROMISCUIDAD PRIMITIVA	02
2.-	MATRIMONIO POR GRUPOS	04
3.-	POLIGAMIA	10
4.-	MONOGAMIA	12
B.-	CONCEPTO	16
1.-	JURIDICO	18
2.-	SOCIOLOGICO	19
3.-	BIOLOGICO	19
4.-	PSICOLOGICO	20
C.-	TIPOS	22
1.-	NUCLEAR	22
2.-	EXTENSA	24
D.-	FUENTES	26
1.-	UNION DE SEXOS	26
2.-	PROCREACION	28

3.-	ASISTENCIA	29
E.-	EFFECTOS	31
1.-	MATRIMONIO Y CONCUBINATO	31
2.-	NULIDAD DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO	36
3.-	FILIACION Y PATERNIDAD	42
4.-	PENSION ALIMENTICIA	48
5.-	TUTELA	49
6.-	SUCESION	52

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD

A.-	REFERENCIA HISTORICA	56
1.-	DERECHO ROMANO	56
2.-	DERECHO ESPAÑOL	59
3.-	DERECHO FRANCÉS	60
4.-	DERECHO MEXICANO	62
B.-	CONCEPTO	65
1.-	JURIDICO	65
C.-	CARACTERISTICAS	70
1.-	CARGO DE INTERES PUBLICO	70
2.-	IRRENUNCIABLE	71
3.-	INTRANSFERIBLE	71
4.-	IMPRESCRITIBLE	72
5.-	TEMPORAL	73
6.-	EXCUSABLE	73
D.-	SUJETOS	74
1.-	ACTIVOS	75
2.-	PASIVOS	77

E.-	EFFECTOS	79
1.-	SOBRE LA PERSONA DEL HIJO	79
2.-	SOBRE LOS BIENES DEL HIJO	88
3.-	POR INTERVENCION JUDICIAL	95
F.-	PERDIDA, SUSPENSION Y TERMINACION	98

CAPITULO III

LA FALTA DE SOLVENCIA ECONOMICA Y MORAL COMO CAUSA DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

A.-	ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL	111
B.-	ADICION DE UNA FRACCION QUINTA AL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL	121
1.-	CONCEPTO DE SOLVENCIA	121
A)	MORAL	121
B)	ECONOMICA	121
2.-	JUSTIFICACION JURIDICA Y SOCIOLOGICA	121
	CONCLUSIONES	125
	BIBLIOGRAFIA	130

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad que nos concienticemos sobre lo que sucede al menor de edad en cuanto a el ejercicio de la patria potestad y no siempre pensemos nada más, de acuerdo a los intereses de la persona que ejerce la patria potestad que mejor le convenga, ya que sin darnos cuenta se repercute en las condiciones económicas y morales del menor.

Cuantas veces no se les da a los abuelos ya sea paternos o maternos según sea el caso el ejercicio de la patria potestad, sin pensar el juez si realmente está apto, tanto, económicamente, como moralmente, para satisfacer las necesidades del menor, ya que, nunca se contempla la solvencia económica y moral de quien va a ejercer dicha patria potestad, sin darnos cuenta siquiera que el más afectado va a ser el menor de edad.

Es por eso que con el presente trabajo, trato de enfocarme primero a lo que concierne en sí a la familia, en donde desde el punto de vista jurídico, biológico, social y psicológico nos damos cuenta que todos los criterios llegan a la misma finalidad la cual consiste en la procreación, asistencia mediante la unión de una pareja, originando instituciones como son el matrimonio, el concubinato, filiación, paternidad, divorcio, nulidad del matrimonio, pensión alimenticia, tutela y sucesión.

Una de las instituciones más importantes dentro de la familia es la patria potestad, en donde para adentrarnos en éste tema se hace indispensable rastrear sus orígenes, y para ello tenemos que acudir al Derecho Romano, fuente de tanta sabiduría, en donde las legislaciones modernas han tenido que tener sus bases para desarrollarse.

La patria potestad como se dijo anteriormente es una institución dentro de la familia, la cual es ejercida únicamente por los padres y en su defecto por los abuelos paternos o maternos según sea el caso, por lo que es necesario ejercerla para que el menor salga adelante mientras obtiene la mayoría de edad, teniendo éste para con sus padres o para quienes ejerzan la patria potestad, derechos y obligaciones, así como éstos hacia él; la patria potestad, tiene diversas características de las cuales nos daremos cuenta que todas van dirigidas hacia las personas que ejercen la patria potestad, también especificaremos los factores elementales sobre la persona y los bienes del menor, así como la intervención judicial en su defecto. Asimismo, nos adentraremos a lo que es la suspensión, terminación y pérdida de la patria potestad.

Cabe aclarar que el ejercicio de la patria potestad, plantea graves problemas para el menor, ya que la mayoría de las veces los intereses son diferentes, ya que en ocasiones se traiciona la confianza del menor, por el mal ejercicio de la patria potestad, en donde muchos de los casos no se satisfacen las necesidades económicas y morales de las personas que están sujetas a la patria potestad.

Con lo estudiado hasta el momento ya tenemos una visión general de la evolución que ha tenido como institución la patria potestad en las diferentes épocas y países, así como en nuestro Derecho Romano, en donde se fue transformando hasta llegar a ser un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre los que ejercen la patria potestad y los que están sujetos a ella. De acuerdo con la clasificación que sobre la materia nos da el Código Civil vigente, será la secuencia que seguiremos en el desarrollo del presente trabajo.

El propósito fundamental que tiene el haber llevado a cabo la realización de este trabajo, es ante todo dar a conocer cual es nuestra opinión, la naturaleza jurídica de la patria potestad, así como de la familia, conocer cual es la esencia de ambas y de donde deriva la obligación de la patria potestad de proporcionar atención al menor mediando intereses hacia éste; información que se irá analizando conforme el desarrollo del tema, ya que como se podrá apreciar, existen algunas discrepancias en cuanto a la forma de considerar a tan antigua figura, como lo que es la patria potestad.

Por consiguiente, observaremos, que la familia a través del tiempo ha sido considerada de diferentes formas, primeramente tal y como se podrá apreciar en nuestro primer capítulo, era considerada como la célula de toda sociedad, cuya finalidad es que el individuo logre su máximo desarrollo, asimismo, como se mencionó anteriormente, observaremos que la patria potestad al igual que la familia, ha ido evolucionando dando origen a un deber, constituyéndose a su vez a un derecho, además haremos un estudio sobre el funcionamiento, causas y efectos de la patria potestad, los cuales los encontraremos en nuestro segundo capítulo.

Consecuentemente, en nuestro tercer capítulo, hablaremos de cual es el contenido del artículo 444 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en donde veremos que sus principales fines es proteger la integridad del menor.

Asimismo, hacemos la aclaración que el concepto de solvencia, es fundamental para el desarrollo del tercer capítulo, ya que tomaremos como se dijo anteriormente dos criterios, primero desde el punto de vista económico y en segundo desde el punto de vista moral, en donde, observaremos que si alguna de éstas características falta no se podrá ejercer el buen funcionamiento de la patria potestad.

Finalmente, ya después de tener una idea concreta nos enfocaremos a lo que es en sí nuestra investigación y que finalidades quiero que tenga en nuestra legislación, ya que es el punto medular del presente trabajo.

CAPITULO I

LA FAMILIA

A.- EVOLUCION.

A lo largo de la historia se han venido desarrollando una serie de interminables corrientes sobre los orígenes de la familia.

Gracias a dichas corrientes se ha logrado un perfeccionamiento y estudio más profundo y exacto de las cosas, lo cual desde luego es de suma utilidad para el aprovechamiento y conocimiento de la evolución de la familia.

La familia ha sido clasificada por diferentes autores, unos dicen que la familia es como una persona solo de orden social, otros la clasifican de persona jurídica, es decir, como un sujeto de derechos ejercitables por sus órganos de representación.

No se tiene exactamente la certeza, pero para que se diera la monogamia que actualmente existe se dió un período de promiscuidad sexual.

Más tarde apareció la poligamia en donde tuvo su mayor auge en el Oriente, en cambió la poliandria existió en la India; cabe mencionar, que también se dió en algunos pueblos del mundo antiguo ya que se llegó a contar la descendencia por línea materna y no por línea paterna como es actualmente, además se prohibió el matrimonio dentro de determinados

grupos es por eso el deseo de estudiar y establecer la historia de la familia en el presente trabajo.

1.- Promiscuidad Primitiva:

Ahora bien, empecemos por la promiscuidad primitiva esta se basaba en la condición humana anterior a toda civilización, como un primate guiado más por sus instintos que por otras consideraciones de raciocinio, de ética u otro tipo de limitaciones a la libertad de su conducta. Antes de que existiera alguna organización social, el humano convivía gregariamente con los de su especie, a semejanza de los demás componentes del reino animal. (01)

Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación en forma tan espontánea e inocente como los demás animales que poblaban la tierra. Se desconocía con toda seguridad, el papel del macho en la procreación, de allí que la única relación certera entre dos sujetos era la materno-filial.

Cabe señalar entonces que primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual; dichas relaciones promiscuas, excluían la posibilidad de establecer con certeza la paternidad, no así la maternidad, por lo cual la filiación era establecer el dominio femenino en el grupo (matriarcado), al paso de aquella promiscuidad a la monogamia y del derecho materno al paterno, se produce a consecuencia del desarrollo de las concepciones religiosas, ya que de otra forma ello significaría la transgresión de una antigua ley religiosa que reconocía el derecho que los hombres tenían sobre cada una y todas las mujeres.

Es cierto que para Bachofen Johann Jacock, fue el desarrollo de las condiciones de vida materiales de existencia de los hombres, pero también el reflejo religioso de esas condiciones en el cerebro de ellos, fue lo que determinó los cambios históricos en la situación social recíproca del hombre y la mujer.

(01) Montero Duhali, Sara. "Derecho de Familia", México, Editorial Porrúa, 1990, pág. 3

A Bachofen Johann Jacok, se le llamó el padre del matriarcado, y en su libro llamado con el mismo nombre, fue el primero que consideró en serio el estadio primitivo de una promiscuidad sexual, aún cuando después se haya demostrado que las huellas por él descubiertas, son demostrativas, no de ese estadio primitivo de promiscuidad sexual absoluta, sino de un estado posterior del matrimonio por grupo; también fue el primero en demostrar el hecho de que en todo matrimonio por grupo, la descendencia sólo puede identificarse por la línea femenina. En la familia por grupo puede saberse con certeza quien es la madre, pero no quien es el padre. Y aun cuando aquélla distingue a sus propios hijos de los demás, en éste tipo de familia común, teniendo deberes materiales para con ellos. De esa forma, Bachofen demostró el reconocimiento de la filiación materna y de la relaciones de herencia que de ella se deducían y que se denominó después con el nombre de derecho materno. Así como también fue el primero en descubrir que la economía doméstica comunista primitiva -en la mayoría, si no la totalidad de las mujeres, eran de la misma gens mientras que los hombres pertenecían a otras gens distintas- fue la base efectiva de la preponderancia de las mujeres, la que en los tiempos primitivos estuvo difundida por todas partes ; además demostró que el tránsito del matrimonio por grupo (con su lógica promiscuidad sexual que él erróneamente llamó heterismo), (puesto que por tal debe entenderse el trato carnal extracónyugal de hombres célebres o monógamos con mujeres no casadas, lo cual supone ya una forma definida de matrimonio, fuera del cual se mantiene ese comercio sexual se incluye la prostitución como posibilidad).

Al matrimonio sindiásmico por parejas, en el que la mujer alcanza el derecho a la castidad, y el derecho al matrimonio temporal definitivo con un solo hombre, se debió casi exclusivamente al esfuerzo propio de aquellas. Y como ello representaba una infracción de las antiguas normas religiosas, la mujer para adquirir ese derecho a la castidad, tenía que cumplir una penitencia, en calidad de rescate místico tenía que dejarse poseer en el templo de la Diosa del amor, en un acto de carácter religioso, mediante el pago de un cantidad de dinero que ingresaba en las arcas del templo.

Cabe hacer la aclaración que buena parte de los investigadores de la evolución de la familia, se avergüenzan de ser descendientes remotísimos de aquellos posibles promiscuos abuelos que vivían en los árboles o en las cuevas, que se alimentaban de frutos y raíces silvestres y que seguían su instinto de conservación y reproducción tal y como lo hacen los primates que aún viven en libertad actualmente.

En conclusión, tenemos entonces que cada mujer pertenecía por igual a todos los hombres y viceversa. Es decir que el intercambio sexual era totalmente libre.

2.- Matrimonio por Grupos:

La forma de organización familiar que seguramente existió en casi todos los lugares del mundo es el matrimonio por grupos. La familia formada a través de la unión sexual por grupos obedece ya a una primera limitación a la relación totalmente libre, si es que ésta forma alguna vez existió, es por ello que se le han dado denominaciones diversas a la familia en razón de la clase de tabú o limitación que se ponía en las tribus al comercio sexual.

A) Familia Consanguínea: Se dice que la familia consanguínea, es aquella en la que el grupo interrelacionado sexualmente estaba formado por los sujetos pertenecientes a una misma generación. Se prohibía en esa forma, la unión de ascendientes con descendientes.

También existió la prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos posteriormente entre hermanos de cualquier origen, medios hermanos y aun entre primos, cuya característica de esta familia es la llamada punalúa (hermanos íntimos).

En la Familia consanguínea los grupos familiares se clasificaban por generaciones. Todos los abuelos y abuelas, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, que forman el segundo ciclo; igual sucede con los hijos de éstos, es decir, los nietos y nietas de los primeros, que forman el tercer ciclo de cónyuges comunes y también con los hijos de estos últimos, es decir, los bisnietos de los primeros, que forman el cuarto ciclo de cónyuges comunes. En esta forma de familia, los ascendientes y descendientes, son los únicos excluidos de los deberes y derechos del matrimonio.

En cambio los hermanos y hermanas son todos ellos, entre sí, maridos y mujeres unos de otros. Es pues, un sistema de matrimonio por grupo. Esta forma de familia ha desaparecido, pero su presencia en la historia, lo demuestra el sistema de parentesco encontrado por Henri Lewis Morgan en Hawaii, y en la Polinesia, y ello nos obliga también a reconocer el desarrollo posterior de la familia, que presupone esa forma preliminar.

Padre, madre, abuelo, abuela, nieto, nieta, etc. y la prohibición del matrimonio o la unión sexual entre ascendientes y descendientes.

Esta familia consanguínea es una forma familiar cuya existencia no puede ser apreciada hoy históricamente, ya que no se conserva en ninguna sociedad ni existen evidencias directas de aquélla.

B) La Familia Punalúa: Se establecía entre un grupo de hermanos que comparten maridos comunes, o un grupo de hermanos con mujeres compartidas. El parentesco con los hijos se establece por línea materna por desconocerse cuál pueda ser el padre.

Todos los hijos son hijos comunes del grupo, aunque siempre se establece un lazo más estrecho entre la madre y el hijo propio de ella.

Todos los hijos de un grupo de mujeres son hermanos entre sí. Los hombres a su vez llaman hijos a los hijos de sus hermanas y sobrinos a los hijos de sus hermanos, estos hechos se comprobaron gracias a las investigaciones antropológicas realizadas en siglos pasados en la Polinesia.

Si la familia consanguínea se basaba en la prohibición de la unión sexual entre ascendientes y descendientes, la familia punalúa presupone la prohibición de esa unión entre hermanos y hermanas; este proceso prohibitivo comenzó con exclusión de los hermanos uterinos (por parte de madre) y acabó con la exclusión de los hermanos no uterinos (conocidos actualmente como primos). Apenas impuesta la prohibición de la unión sexual entre hijos de una misma madre, las antiguas comunidades domésticas se vieron en la necesidad de separarse en otras nuevas que no coincidían necesariamente con el grupo de familias.

A esta división contribuyó además, la economía doméstica de la comunidad primitiva que ordenaba una extensión máxima de tierra de la comunidad familiar, variables según las circunstancias, pero más o menos determinada en cada localidad; de acuerdo con esa división, uno o más grupo de hermanas convertíanse en el núcleo de una comunidad, y sus hermanos carnales en el núcleo de la otra.

Al igual que otros autores Henri Lewis Morgan (02), opina que después de la familia consanguínea sigue la que el le denominó punalúa, esta fue la forma de familia que Morgan encontró vigente en Hawaii y a la que corresponde el sistema de parentesco encontrado o usado en los indios iroqueses del Estado de Nueva York, según esa forma de familia, cierto número de hermanas uterinas (de la misma madre) o más lejanas (es decir primas en primero y segundo y demás grados) eran mujeres comunes de sus maridos excluidos entre éstos, sus propios hermanos. Estos maridos comunes no se llamaban en relación con ellas, hermanos, sino "punalúas", término que quiere significar compañero íntimo. De igual modo una serie de hermanos uterinos (de la misma madre) o mas lejanos (es decir, primos en primero, segundo y demás grados) tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas y esposas comunes, se llamaban también entre sí "punalúas".

Según Henri Lewis Morgan, la familia punalúa, es la forma de familia, en donde la madre no sólo llama hijos e hijas a los suyos propios, sino también a los de sus hermanas carnales o primas. Dichos hijos e hijas a su vez, también le llaman a ella madre. Por el contrario llama sobrinos y sobrinas a los hijos e hijas de sus hermanos, los cuales le llamaban a ella tía. Inversamente el padre no sólo llama hijos e hijas a los suyos propios, sino también a los de sus hermanos carnales o primos y aquéllos a su vez, también le llaman a él, padre. Por el contrario, llama sobrinos y sobrinas a los hijos e hijas de sus hermanas, los cuales le llaman a su vez tío. Por consecuencia de ello, los hijos de hermanas, se llaman entre sí hermanos y hermanas, y los hijos de hermanos se llaman entre sí hermanos y hermanas. Pero los hijos de una mujer y los de los hermanos de ésta se llaman entre sí primos y primas. De igual manera, los hijos de un hombre y los de las hermanas de éste, se llaman entre sí primos y primas.(03)

Como se ve, la prohibición de la unión sexual entre hermanos y hermanas, convirtió a los hijos de unos y otros en primos y primas (en la familia consanguínea, eran considerados como hermanos y hermanas). Ya ésta altura de la historia, surgen pues los términos de primos, primas, tíos, tías, sobrinos, sobrinas, y a la vez, nuevas prohibiciones para el matrimonio.

(02) Peral Collado, Daniel A., *Derecho de Familia, La Habana, Ed. Pueblo y Educación, 1987, pág. 15*

(03) Engels, Federico, *El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado, Moscú, Editorial Progreso, 1979, pág. 25*

Finalmente, podríamos decir, entonces que la familia punalúa se originó en la prohibición de relaciones sexuales entre hermanos y hermanas uterinos extendiéndose hasta prohibirlas entre otros colaterales. Al formarse núcleos de hermanas que se agregaban de sus hermanos, se arribaba al matrimonio de un grupo de hermanos y otro de hermanas, pertenecientes a diversas familias. Los integrantes del grupo así formado se llamaban entre sí punalúas, en esta forma familiar, la paternidad era indeterminada, no así la maternidad, que podía determinarse perfectamente. Los hijos eran de todas maneras considerados como hijos de todas las madres, sin perjuicio de lo cual se formaba una relación especial entre ellos y su madre real. Es la etapa propia del período de la humanidad denominado el salvajismo.

C) La Familia Sindíasmica: En esta familia se daban los grupos de maridos y mujeres primitivamente comunes; empieza a darse una personal selección de parejas de manera temporal. Un hombre y una mujer se escogen y mantienen relaciones exclusivas entre sí en forma más o menos permanente. La permanencia se establecía sobre en función de la procreación. Hasta que nace o se desteta al hijo, el hombre permanece al lado de la mujer, proveyendo en común a la protección del crío. La restricción de exclusividad es sobre todo para la mujer, pudiendo el hombre con frecuencia relacionarse con varias mujeres. Estas uniones se deshacen voluntariamente sin mayores problemas.

Ya en los matrimonios por grupos o quizás antes, formábanse en ocasiones parejas conyugales para un tiempo más o menos corto. El hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas (tal vez la inclinación natural influyera en esto) y era, a su vez, para ella, su esposo principal, entre todos sus esposos. Pero conforme se desarrollaba la gens e iban haciéndose más numerosas las clases de hermanos y de hermanas, entre quienes era imposible el matrimonio, esa unión por parejas, basada en la inclinación, se fue consolidando. Cuando la gens implanta la prohibición del matrimonio entre parientes consanguíneos, esa tendencia de unión por parejas se consolida más, pues se hacían cada vez más difíciles las uniones por grupos. El matrimonio por grupos empieza a ser sustituido por el matrimonio por parejas dando origen a la familia sindíasmica. En ésta el hombre vive con una mujer, aún cuando la poligamia y la infidelidad conyugal siguen siendo derecho del hombre, pero no de las mujeres a quienes se les exige la más estricta fidelidad, mientras dure la vida en común.

Sin embargo, ese vínculo conyugal se disuelve con facilidad por decisión de una u otra parte y una vez disuelto, los hijos pertenecen a la gens de la madre, porque aún existe la organización gentilicia femenina, y los ex-cónyuges quedan en libertad de casarse de nuevo.

Ese exceso de prohibiciones matrimoniales, impulsó pues, la creación de la familia sindiásmica, ya que el hombre encontraba dificultades para conseguir mujer. Por eso, con el matrimonio sindiásmico surge el rapto y la compra de mujeres. E inclusive en este estadio de la evolución familiar, es costumbre la concertación de matrimonios, no por parte de los contrayentes, sino por parte de las madres de los mismos. Muchas veces quedan así prometidos jóvenes que no se conocen el uno al otro.

Antes de la boda el futuro esposo debe hacer regalos a los parientes gentiles de la prometida (a los parientes por parte de la madre) y estos regalos se consideran como el precio por el cual el hombre compra a la joven que le dan por esposa.

La familia sindiásmica, con su unión por parejas no suprime el hogar comunista, surgido desde la época anterior, y que implica el predominio de la mujer en la casa, y el reconocimiento exclusivo de una madre propia. La economía doméstica del hogar comunista - en donde la mayoría de las mujeres pertenecen a una misma gens, mientras que los esposos pertenecen a otra gens distinta- es la base efectiva de la preponderancia de la mujeres.

Es también en esta época de la familia sindiásmica, donde la mujer compra y conquista su derecho a la castidad. Esta familia sindiásmica es la forma superior del desarrollo familiar en parte del continente americano, ya que el desarrollo ulterior se vio truncado por el descubrimiento y la conquista.

En los pueblos del viejo mundo, por el contrario, la familia continuó su desarrollo. El aumento de la riqueza por consecuencia de la cría del ganado, de la elaboración de los metales y del establecimiento de la esclavitud como fuente de fuerza de trabajo, produce una transformación en el régimen de propiedad. Todas esas riquezas se convierten en propiedad privada de las familias, y ello descargó un rudo golpe a la sociedad fundada en el matrimonio sindiásmico y a la gens basada en el matrimonio.

El matrimonio sindiásmico había introducido junto a la verdadera madre, el verdadero padre. Con arreglo a la división del trabajo en la familia, correspondía al hombre el

procurar los alimentos y los instrumentos de trabajo. Por ello, sobrevino un propietario de esos instrumentos, de la misma manera que el padre pertenecía a otra gens distinta. De ahí que al fallecer el padre, dueño de los instrumentos de producción, incluyendo los esclavos y los rebaños, sólo pudiera ser heredado por los parientes más cercanos de su gens, mientras que sus propios hijos se veían desheredados.

En el matrimonio sindiásmico, los hijos pertenecen a la gens de la madre, mientras que el padre pertenece a otra gens distinta. De ahí que al fallecer el padre, dueño de los instrumentos de producción, incluyendo los esclavos y los rebaños, sólo pudiera ser heredado por los parientes más cercanos de su gens, mientras que sus propios hijos se veían desheredados.

A medida que las riquezas familiares aumentaron, el hombre adquirió una posesión más predominante. Partiendo de este estado primitivo de promiscuidad, Morgan fija como primera etapa la evolución familiar de la familia consanguínea, después, la familia punalúa, luego la familia sindiásmica y por último la familia monogámica. Esto hizo nacer en ellos el deseo de modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido, cosa que no podía hacerse mientras permaneciera inalterable la filiación según el derecho materno. Por consiguiente éste tenía que ser abolido, y efectivamente fue abolido. Ello constituyó una de las más profundas revoluciones en la historia de la humanidad y de las mayores consecuencias. De acuerdo con la transformación llevada a cabo y a partir de ella, los descendientes de un miembro masculino de la gens, o sea del padre, permanecerán en la gens de dichos padres; dejan de pertenecer a la gens de la madre para pasar a la del padre. Así quedó abolida la filiación femenina y el derecho hereditario materno, y sustituida por la filiación masculina y el derecho hereditario paterno.

El derrocamiento del derecho materno- como dice Engels: "fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo. El hombre empuñó también las riendas de la casa; la mujer se vio degradada, convertida en la servidora, en la esclava de la lujuria del hombre, en un simple instrumento de reproducción". (04)

(04) Engels, Federico, "El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado", México, Ed. En Lenguas Extranjeras, 1986, pág. 10

En este punto Engels, tiene razón aunque, cabe señalar que en algunos de los pueblos no civilizados, aún todavía se dan este tipo de casos y por lo tanto, no quiere decir que existan matrimonios en grupos, y actualmente en México, también existe el machismo, y no por esto quiere decir, que sean matrimonios en grupos.

El primer efecto de este nuevo poder de los hombres, fue la creación de la forma intermedia de la familia patriarcal, compuesta de un cierto número de personas libres y no libres (mujer, hijos y esclavos) sometidos al poder del hombre como jefe. De ahí el origen de la palabra familia, que quiere decir esclavo doméstico. Y de ahí, también que incluso en Roma, se entendiera por "familia" el conjunto de personas, incluyendo los esclavos, pertenecientes a un mismo hombre .

En Roma, a esto se añadía la patria potestad y el derecho de vida o muerte del jefe de la familia sobre todos los miembros de ésta. Esta forma de familia, señala el tránsito del matrimonio sindiásmico al matrimonio monógamico.

A la familia sindiásmica, se le denominaba así porque era originada en el matrimonio entre parejas sin cohabitación exclusiva. Es un desprendimiento de la etapa anterior, ya que comienzan a existir dentro de los grupos propios de ésta, parejas aisladas que viven temporalmente en un régimen de monogamia. Aparece como consecuencia de la preferencia que empieza a manifestarse de un miembro del grupo por otro determinado miembro del grupo, forjándose relaciones crecientemente individuales. Aparece asimismo como consecuencia de la dificultad de encontrar grupos de hermanos y hermanas entre los cuales no estuviera prohibido el matrimonio. Esta es la forma propia del período de la barbarie.

3.- Poligamia:

Esta es otra forma más históricamente comprobada en la formación de la familia. La cual, viene asumiendo dos formas: la poliandria y la poligenia.

En primer término hablaremos de la poliandria que es aquella en donde una mujer cohabita con varios hombres. Las razones que motivaron a la poliandria se atribuye a

causas de carácter económico derivadas de la escasez de satisfactores que hacían urgente la disminución, el no crecimiento de la población. En esas condiciones se sacrificaban a las mujeres mediante el infanticidio de niñas, de tal manera que en la edad adulta existían más hombres que mujeres. Esto asociado a la necesidad de la mayor fuerza de trabajo dentro de un núcleo familiar, permitió la admisión de dos o más hombres compartiendo una sola mujer.

La poliandria es un tipo de familia que implica o lleva al matriarcado: la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes. Esto nos lleva a que el parentesco se determine por la línea femenina al no existir la certeza de la paternidad.

En segundo término tenemos a la poligenia que es aquella en la que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre.

La poligenia es la forma de constitución familiar en que un solo varón es marido de varias esposas. Las causas que llevaron a esta forma de relación sexual son varias. Una de ellas es la forma de predominio del poder masculino, su interés más constante, la reducción de varones adultos frente al de las mujeres debido al desempeño por el primero, de actividades peligrosas como la guerra y la caza y otras causas más, como la tolerancia de la sociedad.

Frente a la actividad sexual promiscua del varón. La poligenia existió en casi todos los pueblos de la antigüedad, aunque parece que reservada a las clases poderosas, y siguió existiendo en ésta sociedad contemporánea. La poligenia depende de la fortuna del varón el número de mujeres que puede tener, por eso ésta no es muy común entre las clases populares.

Las formas más específicas de la poligenia son: (05)

A.- El **hermanazgo**, consiste en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa.

(15) Monero Duhal, Sara, Derecho de Familia, Op. Cit., pág. 6

B.- El levirato, consistía en la práctica por el cual el hombre tenía el deber de casarse con la viuda de su hermano.

C.- El sororato, consistente en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer cuando esta era estéril.

En la familia patriarcal poligámica: El hombre vive temporariamente con una sola mujer, pero mantiene su derecho a la poligamia y a la infidelidad ocasional.

A su turno, la mujer está obligada a mantenerle fidelidad siendo los castigos a su violación de este deber muy riguroso. De todas maneras, se mantiene la característica de temporalidad, por lo cual este deber sólo se mantiene en tanto alguna de las partes no resolviera disolver la unión esencialmente inestable. Los hijos seguían en todo caso a la madre.

4.- Monogamia:

Por último hablaremos de la monogamia, la cual es la forma de constituirse la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer.

La monogamia parece ser la forma más usual y extendida de creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos.

La monogamia parece ser que surge concomitante a la civilización y es la forma que conlleva a la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja. Esta es la única forma legal y moral de constitución de la familia, de tal manera, que el matrimonio que contraiga un sujeto sin haber extinguido un matrimonio anterior, es nulo absoluto, constituye conducta ilícita, y puede ser, incluso castigado penalmente.

La monogamia paternalista es la que da datos comprobables.

La historia de la familia nos relata la organización patriarcal monogámica, con las excepciones ya vistas en la poligenia, la cual fue aceptada por casi todos los pueblos para

las clases dirigentes. Por otra parte se podría decir que la familia patriarcal monogámica, es el antecedente de la familia moderna y también su propio modelo de ésta.

Este sistema tuvo sus más profundas características, tanto, en la Cultura Romana, como durante la República, como en el esplendor del Imperio y en su decadencia. La Epoca Medieval, permeada por la influencia del cristianismo, no hizo, con respeto a la familia, más que instituciones la organización patriarcal, de la cual somos herederos todos los pueblos tanto en Occidente como en Oriente.

Característica de ésta organización, es la figura más importante la del padre que representa, durante el imperio romano, el centro de las actividades económicas, religiosas, políticas, y jurídicas de un grupo de parientes. El paterfamilias era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la familia: esposa, hijos, nueras, nietos, agnados, siervos, etc. Era el único *sui juris*, o sea el representante jurídico de la gens, el sacerdote de los dioses familiares (manes, penates, almas de los antepasados), era el jefe militar, político y económico legislador y juez supremo de todos los miembros de la familia, incluso con poder de vida y muerte sobre los mismos.

La familia monogámica surge, como queda dicho, de la familia sindiásmica. Se funda en el predominio del hombre. Su término expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, los que en calidad de herederos directos han de entrar en su día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia de la familia sindiásmica, por una solidez mayor en los lazos conyugales, ya que el vínculo conyugal y también el derecho de repudiar a su mujer. Se le concede además el derecho de infidelidad conyugal, derecho que ejercitó, cada vez más ampliamente, a medida que progresaba la evolución social.

Esta forma de familia, es la que impera ya en los tiempos de la Grecia antigua y heroica, en Roma y se implanta entre los germanos, después del triunfo de la invasión.

La familia monogámica devino posteriormente como la forma de familia de la sociedad civilizada. Es la primera forma de familia no basada en condiciones naturales, sino en condiciones económicas y concretamente en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva.

Actualmente la organización familiar tiene predominio el varón sobre la mujer. tan es así, que la crisis actual de desintegración familiar por ruptura de matrimonios a través del divorcio, no es más que la manifestación de la inconformidad por parte de la mujer hacia los vicios o malas costumbres que quedan del poder marital y patriarcal.

La sociedad contemporánea debe organizarse en base a nuevos patrones de convivencia a nivel familiar: padres-hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad en derechos y deberes. Una sociedad sana solamente podrá surgir si la célula social, la familia, se sustenta en lazos de afecto y armonía, mismos que sólo pueden darse en relaciones de coordinación entre sus miembros y no de suprasubordinación, que son los imperantes en la organización patriarcal.

La monogamia surgió históricamente en paralelo al sistema patriarcal, ello no significa que la derogación del paternalismo signifique una regresión a sistemas poligámicos. La monogamia es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran.

El matrimonio y la filiación son consecuencias históricas del sistema definidor de la exogamia, que tanto el matrimonio como la filiación con situaciones de dependencia a una potestas familiar, y que la evolución de la configuración de esta potestas es el resultado de una evolución del modelo familiar en la historia: La monogamia hace posible la aparición de las monarquías clásicas, con el reparto de la propiedad (el tránsito, por tanto de una estructura económica ganadera y cazadoras, a una predominantemente agraria) y el predominio del mundo greco-romano.

En todo este proceso la fundamentación de la organización social (tótem) es siempre una eticidad familiar (tabú) o, si no un modelo definidor de la exogamia. A la prohibición del incesto como primer impedimento matrimonial sigue una teoría cada vez más detallada y compleja de impedimentos matrimoniales, hasta culminar en la monogamia. "ésta se alcanza en aquellas sociedades en que la competencia económica y sexual alcanza una forma aguda". (06)

De esta síntesis de la evolución histórica de la familia deben extraerse las conclusiones siguientes:

- a. La existencia de una comunidad primitiva en relaciones sexuales promiscuas;
- b. La existencia del matriarcado en la primera fase de la evolución del régimen de comunidad primitiva, en todos los pueblos sin excepción;
- c. La existencia de los matrimonios por grupos, también como norma general en todos los pueblos;
- d. El origen de la nomenclatura y de las prohibiciones para contraer matrimonio, en el sistema de parentesco, en los matrimonios por grupos de la familia consaguínea y en la familia punalúa;
- e. La existencia inicial de la gens materna y el predominio inicial de la mujer, como consecuencia de ello;
- f. La aparición y existencia del matriarcado con mucha antelación al patriarcado;
- g. El pase del matriarcado al patriarcado como una consecuencia del nacimiento de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción;
- h. Que la evolución de las formas de la familia ha dependido de la evolución económica de la sociedad, de los cambios sufridos en el régimen económico social y del carácter de las relaciones sociales en general.

Por eso, varios de los científicos se encuentran imbuídos y se han esforzado por destruir o por lo menos ocultar esa historia real de la familia e insisten en negar la existencia inicial del matriarcado. Niegan igualmente la comunidad primitiva como primer grado económica y social de la evolución histórica de los pueblos, estiman que el patriarcado ha existido siempre. Comprendiéndose la razón de todo ello, ya que el patriarcado, que surgió en el último período de la comunidad primitiva, en el paso de la familia sindiásmica a la familia monogámica, estaba vinculado como hemos visto, a la aparición de la propiedad privada.

Ahora bien, si los científicos, pudieran probar que el patriarcado ha existido siempre, justificarían, la que según ellos, también existió siempre. Pero nunca nadie logrará probar hechos que falseen la historia.

De lo contrario, también se deduce que la familia, como fenómeno social, no es inmutable; que la forma de constituirse y el régimen de relaciones entre sus miembros dependen de las condiciones de vida materiales imperantes en la sociedad. Los cambios de las

relaciones familiares son condicionados principalmente por los cambios que se operan en esas condiciones de vida materiales; de los cambios en la estructura económica y en las relaciones de producción y en la estructura de clase de la sociedad.

Por lo tanto la familia monogámica es estable, ya que se llega a ella como consecuencia del robo y la compraventa de mujeres, que las convierten en un botín o producto valorado en función de su costo. A su turno, tal forma de adquisición es producto de la escasez de mujeres. Como consecuencia de la estabilidad y de la obligación de fidelidad de ambas partes, como asimismo de que el vínculo no puede ser disuelto sino excepcionalmente por el deseo de las partes, se determina la paternidad en forma indiscutible, y se canaliza a través de estos hijos la transmisión de los bienes del padre.

Queda claro que es aquí donde se consolida el predominio del hombre en la familia, completándose el paso del matriarcado a la familia patriarcal. Aquí es donde se ingresa al período de la civilización, y con él en la historia de los pueblos antiguos.

B.- CONCEPTO.

Para definir más o menos los conceptos diferentes sobre lo que es la familia, hay que considerar los siguientes puntos: Se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en el que el individuo logra su desarrollo, tanto físico, social y psíquico, o como la unidad económica a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

"Augusto Comte: dice todo organismo o sistema se constituye por partes que le son homogéneas. El elemento social es el grupo y no el individuo. La teoría del elemento social es la de la sociedad elemental. Y éste resuelve que la verdadera unidad social consiste en la familia". (07)

En Roma, la palabra familia, desde los primeros tiempos comprende las personas y el caudal de la comunidad considerado el patrimonio como una totalidad, a distinción de la pecunia. Se consideraba un elemento fundamental de la familia, los bienes; y si para la mayoría de los antiguos romanistas es la sangre la que especifica esta institución, desde Savigny el vínculo familiar hallábase fincado por la extensión de la potestas. (08)

Por su parte el derecho germano da a la palabra familia, un concepto más limitado que en el derecho de Roma, ya que en el derecho germano el parentesco es la única base que determina la institución familiar; siendo el matrimonio el único origen de las relaciones familiares. Si la casa se compone de padre, madre e hijos, la familia en su más vasta significación, era en un principio una reunión de casas procedentes de dos troncos y cuyos miembros vivos se hallaban entre sí en determinadas relaciones jurídicas por la posición de sus respectivos jefes con relación al tronco común.

En el derecho español, la familia comprendía al señor de ella, su mujer, sirvientes y demás criados que viven con él sujetos a sus mandatos. Se dice padre de familia al señor de la casa, aunque no tenga hijos, y madre de familia, la mujer que vive en su casa honestamente o es de buenas costumbres. La palabra familia significa que vive en una casa bajo el mando del señor de ella.

La historia nos dice que en todas y bajo todos los cielos se consideró a la familia como obra de la divinidad, bajo cuya tutela vivió tanto en las civilizaciones refinadas como en los pueblos salvajes.

El término familia tiene diversas acepciones, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, como ya se analizó anteriormente, o sea que a partir de su evolución histórico-social, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y deberes que vinculan a sus miembros.

(08) Ibarrola Antonio de, *Derecho de Familia, México, Ed. Porrúa, 1981, pág. 2*

Ahora bien, empezaré por hablar de los diferentes conceptos de familia.

1.- Concepto jurídico.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto jurídico, un concepto el cual nunca a reflejado relación alguna con otros conceptos.

El concepto jurídico atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

La simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y obligaciones recíprocas, también se constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar sus progenitores.

No todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco tiene límites, pero en línea colateral, el parentesco y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado, como la considera nuestro Código Civil vigente. Cabe hacer la aclaración que no siempre ha sido así, ya que otros lugares y tiempos el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

El concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes, así como por otro lado cuando descienden del mismo progenitor, inclusive sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

El concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

Los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para

que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

2.- Concepto Sociológico.

El hombre vive en sociedad, por lo tanto, es un ser social, es decir, el hombre vive irremediamente en sociedad, porque solamente se puede surgir a la vida y permanecer en ella a través de la asociación de dos seres humanos: hombre y mujer que procrean, así como el padre e hijos, o cuando son la madre e hijo, siempre y cuando éste sobreviva, y por lo tanto, desciendan del mismo lazo consanguíneo.

Este concepto sociológico es un concepto cambiante como ya se dijo anteriormente, pues en la evolución histórica los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

Ya que al ir evolucionando y perfeccionando sus sentimientos, el hombre dió a su unión un contenido espiritual y psicológico, que le confiere su transcendencia y jerarquía que determinarán su permanencia en un determinado periodo.

A esta primaria, natural y necesaria asociación humana, se le llama familia.

Para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como la familia, se requerirán de dos elementos añadidos a la unión sexual, la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación. Entonces podríamos decir, que la familia es aquella que está formada por dos personas hombre-mujer, las cuales cohabitan en forma permanente y prolongada, aunque de su unión no resulte la procreación.

3.- Concepto Biológico.

En este punto nos estamos refiriendo especialmente a los vínculos

biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que han influido al acercamiento de la pareja que da principio a toda organización. Deberá entenderse como familia desde éste punto o enfoque como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación.

Según Baqueiro Rojas, define a la familia como un hecho biológico que enlaza a todos aquellos que por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

En cambio, Sara Montero, dice que la familia podría definirse como el grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y reproducción. Ya que los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social.

Por lo tanto, para mí la definición de Sara Montero, es la más acertada ya que de la unión sexual del hombre y la mujer surge la procreación, y por ende los hijos. Que por consiguiente, son consecuencia de dos factores de carácter biológico que crean la familia, a saber la unión sexual y la procreación.

4.- Concepto Psicológico.

Se puede decir que es el grupo de individuos típicamente representados por el padre, la madre y los hijos pero que incluye también grupos en donde falta uno de los padres, o grupos que abarcan a otros parientes, hijos adoptivos y, en algunas culturas, esclavos, parientes y sirvientes.

La familia constituye el grupo primario de relación social, siéndole precisamente la forma más sencilla y elemental de sociedad. De hecho, puede hablar se de un instinto o al menos un impulso, que hace que la persona tienda a la creación de un grupo familiar y que supera el solo instinto sexual. Este mismo impulso puede encontrarse, también, en determinados grupos de animales, lo que reforzaría la teoría del instinto familiar.

Por lo tanto, puede afirmarse que el hombre, por su propia naturaleza, es miembro de una familia y que su existencia casi carecería de sentido si se le privara de su papel dentro de la organización familiar.

En primer lugar, observamos que la familia se halla formada por un grupo de miembros limitados y bien determinado cuya convivencia es estrecha y que, por lo tanto, se influyen recíprocamente. Además, en parte de los miembros de la familia hay una relación biológica y por este motivo existe una relación de dependencia más fuerte y estrecha.

"Por otra parte la familia ofrece una sensación de seguridad y protección, especialmente importante para el desarrollo de los niños, que ayuda al desarrollo de las posibilidades vitales de todos sus miembros". (09)

En este punto el autor tiene la razón ya que sin una familia bien definida el niño puede sufrir trastornos y por lo tanto sentirse acomplejado por la falta de afecto, cariño, etc., ante la imposibilidad de no tener una seguridad y protección familiar.

Dada la influencia que existe entre todos los miembros de una organización familiar, cada uno asume como algo propio los estados anímicos de los demás; las alegrías y depresiones, los fracasos, y los triunfos son aceptados como algo común y experimentado por cada miembro del grupo.

Para terminar, señalaremos el papel autoritario que, tradicionalmente, corresponden, a la cabeza de familia. Aunque esto crea algunos límites de la relación, proporcionando al mismo tiempo, capacidad y posibilidad el desarrollo a los integrantes de la familia en particular.

(09) Mustieles, Jorge Luis, *Psicología*, México, 1963, 1ra. Edición, Pág. 136, 383.

C. TIPOS

1.- Nuclear.

Son dos formas las más comunes de integración del núcleo familiar en razón de los miembros que lo componen.

La llamada familia nuclear o conyugal, cuyos componentes estrictos son únicamente el hombre, la mujer y sus hijos. (10)

"En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura denominada familia nuclear, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes". (11)

El principio estructural reside en el lazo conyugal, y este vínculo conyugal casi siempre está presente en las listas de personas que manejamos.*

La expresión familia simple, se utiliza para cubrir lo que de diversas maneras se describe como la familia nuclear, la familia elemental o la familia biológica.

Esta consiste en una pareja casada, o de una pareja casada con un hijo o de una persona viuda con un hijo.

Para que aparezca una familia simple son necesarios por lo menos dos individuos relacionados entre sí o por ese vínculo o que son coresidentes a partir de ese vínculo.

(10) C.f.e. Montero Duhalit, Sara, *Derecho de Familia*, Op. Cit., pág. 9

(11) Baquero Rojas, Edgar, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Editorial Harla, 4ta. Edición, 1989, pág. 8

La unidad familiar conyugal es un término preciso empleado para describir todos los grupos posibles estructurados de esa manera.

La familia nuclear es la conformada por el padre, madre y los hijos de ambos, que conviven en forma independiente de los restantes parientes, no tomándose en cuenta que puedan vivir con ellos, en algún caso, una o varias personas extrañas. Hay quienes adoptan para esta forma el nombre de familia conyugal, reservando el de la familia nuclear para distinguir genéricamente al grupo humano descrito, aunque se halle incorporado a un grupo más amplio, utilizando como sinonimia el de familia simple, por oposición a la compuesta. (12)

Dentro de la familia nuclear podemos decir, que existe una mayor libertad por parte de los hijos respecto de sus padres, o dicho de otra manera, que éstos ejercen su autoridad más de acuerdo con los gastos y las necesidades de sus hijos.

Una posibilidad de diálogo creciente y una mayor y más firme expansión de los afectos enmarcan una relación más fecunda.

Una creciente autonomía de la esposa en la toma de decisiones, respaldada por un sensible avance en su posición jurídica dentro de la sociedad, como consecuencia de haber alcanzado la igualdad de derechos con el hombre, y una plena capacidad civil y política, las decisiones de mayor importancia están a cargo de los hombres.

Una sostenida participación de la mujer en la producción, a partir de su progresivo alejamiento o liberación de las tareas domésticas, muchas de las cuales comienzan a ser compartidas con el hombre.

Una reducción del número de hijos producto de la poliferación de medios de control de la natalidad y de las nuevas concepciones sobre la paternidad responsable y el rol de los hijos.

(12) C. f. r. Lagomarcino, Carlos A. R., Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Universidad, pág. 187.

Una retracción al mínimo de sus funciones propias, restringiéndose a la procreación, protección y formación de los hijos, y al sostenimiento del equilibrio emocional de los adultos, a través del intercambio afectivo y sexual entre ellos, perdiéndose totalmente las funciones políticas, y en medida creciente las religiosas, económicas, culturales y recreativas.

Los jóvenes tienen frecuentes ocasiones de encuentro e interacción alejados de la vigilancia de sus familias, que ven así sumamente limitado su rol de vigilancia y control, siendo en medida creciente incorporada la actitud del consejo y la persuasión de la imposición, cada vez más frecuente.

En la familia nuclear correlativamente, se registra un sensible aumento en la posibilidad de elección personal para el matrimonio. Además existe, una apreciable disminución de la importancia e influencia de los ancianos y parientes sobre las decisiones que en su seno se adopten. En donde hay una pérdida, frente a la pujante influencia que pasa ejercer el mejor ambiente sobre el individuo, de la función de transmisora de las tradiciones, a la vez que éstas comienzan a ceder frente al empuje vertiginoso de los logros científicos y tecnológicos, de la valorización de los criterios de eficacia, y difundidos por el impacto del urbanismo y los medios de comunicación.

2.- Extensa.

"La familia extensa, es aquella cuando en la misma se incluye, además de la pareja y sus hijos, a los descendientes de uno o de ambos de sus miembros, a los descendientes en segundo ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos". (13)

Un ejemplo clásico de la familia extensa fue la familia patriarcal romana, que incluía al pater como centro y jefe nato de la misma, a su esposa, a sus hijos, nueras, nietos y demás descendientes, a los agnados, o sea los allegados que, parientes o no, pertenecían a la misma gens, a los clientes, sirvientes o esclavos.

(13) Moniero Duhal, Sara, *Derecho de Familia*, Op. Cit., pág. 9

En cuanto a la extensión de los lazos familiares, y con independencia de lo que en la realidad y de hecho los sujetos entiendan por familia, el derecho establece su propia medida. Cada legislación en particular señala quienes son parientes entre sí y quienes son familiares, para atribuirles las consecuencias jurídicas propias del derecho familiar.

Constituyen familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado, ya sean surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entre sí. En otros casos como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastorales tradicionales, los familiares que se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater.

"En estas circunstancias es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada familia en sentido extenso". (14)

Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

De acuerdo con nuestra nomenclatura, una casa familiar extendida está compuesta por una unidad familiar conyugal con la adición de uno o más parientes a parte de los hijos. Porque un grupo que vive con o sin sirvientes; por lo tanto es idéntico a la casa familiar simple excepto por las personas adicionales.

Las casas familiares múltiples comprenden todas las formas de grupos domésticos incluidas dos o más unidades familiares conyugales vinculadas por parentesco o matrimonio. (15)

(14) Baquero Rojas Edgar, *Derecho de Familia*, Op. Cit., pág. 8

(15) C.f.r. Gonzalbo, Pilar, *La Historia de la Familia*, México, Editorial U.A.M., 1993, pág. 263

La familia extensa es la constituida por grupos de parientes más amplios que simple familia nuclear, los que viven subordinados a la misma autoridad familiar, o desde otro ángulo, la compuesta por varias generaciones. Así, se compone de dos o más familias nucleares formadas por una ampliación de las relaciones entre padres e hijos, y no por las relaciones entre los cónyuges. También se le ha definido como el grupo social constituido por varias familias emparentadas entre sí, especialmente las integradas por un hombre y sus hijos, o por una mujer si sus hijas que habitan en una vivienda común de gran tamaño o en grupo de viviendas pequeñas. (16)

Podríamos decir, que hay dos tipos de familia extensa:

- 1.- Familia extensa residencia: Es aquella, en la cual sus integrantes poseen una residencia común, es decir, viven juntos conviven.
- 2.- Familia extensa relacional: A diferencia de la anterior, no supone el requisito de la vida en común.

D.- FUENTES

1.- Unión de Sexos

La primer fuente que origina a la familia es la unión de sexos ya que todas las culturas recogidas por la historia establecen la institución del matrimonio como el fundamento de la familia. Desde siempre los individuos, solteros o casados, establecen relaciones sexuales al margen del matrimonio. Ello no le quita a la familia su carácter de ser la reguladora por excelencia de estas relaciones.

(16) C.f.r. Lagomarcino Carlos, A. R., Enciclopedia de Derecho de Familia, Op. Cit., pág. 187.

En casi todo núcleo familiar existe una pareja cuyas relaciones sexuales son lícitas. Lo que no excluye que existan núcleos familiares sólidos en los cuales no se da la relación sexual entre algunos de sus miembros, sino que en ellos son predominantes los lazos consanguíneos del parentesco y los lazos efectivos derivados del mismo.

El humano necesita del afecto, por lo tanto, es la familia la que en forma natural provee este alimento espiritual. Ya que los que contraen matrimonio o los que se unen sexualmente y fundan una familia, lo hacen llevados no solamente por el impulso erótico, sino unido el mismo a la atracción afectiva.

Como ya se mencionó anteriormente su proveniencia de la familia "es el matrimonio, es decir, la familia es una comunidad creada por el matrimonio". (17)

"Ahora bien, la composición de la familia es la agrupación compuesta por el marido, la mujer y los hijos, o simplemente el grupo humano o agrupación de individuos, cohesionado por la concurrencia de determinadas características y fines o funciones que está llamada a cumplir". (18)

Para que exista una relación intersexual debe de existir un vínculo conyugal, ya que la familia comprende en primer lugar a los cónyuges. (19)

"El vínculo de consanguinidad o biológico no debe tener relación alguna con los cónyuges ya que si son familiares quienes llevan la misma sangre, por descender de un tronco común estarían ligados por el parentesco". (20)

(17) Lehmann, Heinrich, *Tratado de Derecho Civil, Derecho, Vol. IV*

(18) Bonet, Francisco, *Compendio de Derecho Civil, Madrid, T. IV, 1960, pág.3*

(19) C. f. r. Casán Tobeñas José, *Derecho Civil, Madrid, Ed. Reus, 3ra. Edición, 1942, T. 3 , pág. 6*

(20) Arias, José, *Derecho de Familia, Buenos Aires, 2da. Edición, Ed. Guillermo Kraft, pág. 353*

2.- Procreación

La relación intersexual en la familia es el ámbito natural donde se institucionaliza la complementación sexual. (21)

La relación intersexual entendida como complementación es esencial a la familia, que requiere al cabal desempeño y representación de la diversidad sexual para la formación de los hijos.

En segundo término tenemos a la procreación, ya que ésta es consecuencia directa de la relación sexual en el núcleo familiar.

En la procreación se da el hecho de que la reproducción misma crea lazos familiares; es el caso de la madre soltera que abandona al recién nacido; -pero, si esto no ocurre, como es lo normal, la relación madre-hijo crea familia.

La reproducción, más que función propia de la familia, se convierte en este caso, en fuente de la misma.

"Su finalidad es ser propagadora del género humano, ya que, la familia es el grupo encargado de procrear, propagar o reproducir la especie humana". (22)

La función biológica de la propagación es una contingencia que no por ser frecuente deber ser considerada consustancial a la familia.

El vínculo más idóneo y vocacionalmente apto para la propagación del género humano es la familia, ya que la generación fuera de la familia es socialmente inconveniente, como lo demuestra la historia de los pueblos.

(21) C.f.r. Díaz de Guíjarro, *Ética, Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Tea, 1953, T. 3, pag. 36

(22) Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Ed. Astrea, 1978, T. I, pag. 5

Tan familia es la que ha engendrado hijos, como la que los ha traído a su seno por el sentimiento del afecto.

Debemos desplazar nuestro esfuerzo de concentración desde la propagación de la especie o procreación hacia la consideración de lo que se procrea.

La condición y dignidad de persona humana vuelve a ser de nuevo el pequeño y gran secreto de la cuestión.

Es la naturaleza del ser que procrea y sobre todo del ser que es procreado, quien exige la familia, si lo que importa no es reproducir números sino generar personas, entonces no vale cualquier estructura reproductiva.

3.- Asistencia.

Por último hablaremos de la asistencia, la función económica de la familia presenta un doble aspecto, uno como unidad productora de bienes y servicios, y dos como unidad de consumo.

La familia como unidad productiva para poder tener una mejor asistencia, puede darse innumerables variantes en los diferentes tipos de familia y en una misma unidad familiar, en las diversas etapas por la que la misma se desenvuelve. Para ello los miembros de dicha familia pueden ser, cuando menos algunos de ellos trabajadores de la empresa familiar misma, con o sin remuneración específica, y pueden trabajar fuera de la organización familiar, para contribuir al aporte económico de los bienes y servicios que la familia requiere; pero, en cuanto a los servicios, cuando menos algunos de ellos, se realizan por algún miembro familiar, como son el cuidado y atención de los menores, de los ancianos y de los enfermos en ciertos casos.

La asistencia tiene como consecuencia satisfacción de las necesidades materiales y morales, las cuales se podría decir que son las siguientes: los alimentos, el vestido, la habitación, la conservación o recuperación de la salud entre los más fundamentales, éstos se dan normalmente dentro de la morada común; sin embargo, algunos de ellos pueden ser

desplazados, y de hecho esto sucede cada vez con mayor frecuencia en ciertos sectores de la familia urbana, a otras unidades de servicio colectivo para el consumo básico como son restaurantes, habitaciones colectivas, casas de huéspedes, tintorerías, sanatorios, casas de salud, guarderías infantiles, comedores en centros de trabajo, etc.

La familia concebida como unidad económica desde el doble punto de vista de productora y consumadora, se dio mucho más en el pasado que en el presente.

Con frecuencia, la asistencia sobre la economía de ingresos colectivos familiares se va pasando a la economía individual de sus miembros, sobre todo en la etapa de la familia en que sus miembros ya son todos adultos autosuficientes.

Con la asistencia el patrimonio familiar se pasa al individual disgregado, incluso entre los cónyuges.

"Para la buena asistencia de la familia ésta debe ser un grupo de personas que convivan en la misma casa". (23)

La primacía de factores espirituales se puede decir que entran dentro de la asistencia como son: Los lazos de amor, respeto y obediencia son las finalidades del grupo familiar.

La colaboración económica en la familia induce a el esfuerzo económico de sus miembros para un mejor modo de vida, ya que la colaboración económica es un complemento adecuado para la consecución de los fines de la familia, pero no es un fin en sí mismo, ni condiciona su constitución, ni su desarrollo.

(23) Bonda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, Buenos Aires, 4ta. Edición, Ed. Perrot, 1969.

E. EFECTOS

I.- Matrimonio y Concubinato.

Matrimonio

"La palabra matrimonio deriva de *matris* que significa madre, y *monium* que significa carga". (24)

Como primer punto hablaremos del matrimonio, el cual hay que tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1. El matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.
2. El matrimonio es una situación general, y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Al matrimonio lo podríamos definir como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer, para poder perpetuar la especie y conformar la familia.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, rapto y acuerdo de los progenitores.

(24) *Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, tomo XII, pág. 994*

Cabe hacer la aclaración de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio ya que sin éste no se podría celebrar, y se considera también como una autoridad eclesiástica que ha reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso, las autoridades políticas, tanto de la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato de naturaleza civil.

El matrimonio se trata del contrato más antiguo, al ser el origen de la familia, se remonta hasta los inicios de la humanidad.

En su libro de Derecho Civil Francés, Marcel Planiol, (25) define al matrimonio como la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión. En cambio, León Duguit, sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición, ya que es un acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos.

Antonio Cicu, manifiesta que el matrimonio no es contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea: para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro civil.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- a. Es un acto solemne.
- b. Es un acto complejo por la intervención del Estado requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del estado.
- c. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del Registro Civil.
- d. En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.

(25) C. f. r. Planiol, Marcel. *Tratado de Derecho Civil Francés, Familia*, Habana, tomo II, 1928, pág. 187

e. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes

f. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

Dentro del matrimonio deben de distinguirse tres etapas:

a) La etapa prematrimonial.

b) La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico.

c) La etapa del estado matrimonial es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, religión y costumbre.

La palabra matrimonio deriva de *matris*, madre y *monium*, carga, y parecería querer expresar que las cargas más pesadas derivadas de esta unión recaen sobre la madre.

Modestino, decía que las nupcias legales formaban un consorcio para toda la vida, en comunidad de derecho divino y humano.

Justiniano, menciona la unión del hombre y de la mujer, que implica identidad de condición de vida.

Para Vélez Sarfield, redactor del Código Civil Argentino, nos dice que el matrimonio es una institución especial fundada en el consentimiento de las partes.

Desde el punto de vista del Derecho, matrimonio es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer.

El matrimonio tienen los siguientes caracteres:

a) Es una unión exclusiva y permanente;

b) Importa comunidad de vida;

c) Afecta el orden público y está bajo el control del Estado.

El matrimonio es un acto esencialmente jurídico, el Derecho positivo reglamenta los requisitos necesarios para su formalización, que pueden agruparse, en condiciones naturales y formalidades de celebración.

Las condiciones naturales indispensables son las siguientes:

- a) Que los contrayentes sean de distinto sexo;
- b) Que hayan llegado a una edad mínima, dieciséis años para el hombre y catorce años para la mujer;
- c) Que los contrayentes disfruten de salud física y mental.

Las formas de celebración se refieren en primer término a las de manifestación del consentimiento, ya que el elemento fundamental del matrimonio es la expresión de la voluntad de contraerlo. "Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes expresado ante el oficial público del Registro Civil. El acto que careciere de algunos de estos requisitos, no producirá efectos civiles, aún cuando las partes tuvieran buena fe". Las formas de celebración son las siguientes:

- 1) Intervención del oficial público;
- 2) Comparencia de las partes;
- 3) Presencia de testigos;
- 4) Manifestación de los contrayentes del deseo de tomarse por esposos y declaración del oficial público de que ha quedado celebrado el matrimonio.

Cuando los contrayentes han llegado al límite mínimo de edad, establecido por la ley, pero no han alcanzado la mayoría que les otorga plena capacidad jurídica, o cuando uno de ellos es sordomudo y no sabe darse cuenta o darse entender por escrito, no puede casarse sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que lo hubiese reconocido, o sin de la madre a falta o imposibilidad del padre, o sin el tutor o curador a falta de ambos, o en defecto de estos sin el del juez.

El matrimonio crea derechos y obligaciones, de carácter común, como la cohabitación, la fidelidad, la asistencia y la prestación de alimentos.

Concubinato.

Es la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

En la actualidad nuestro Código Civil le reconoce a los concubinos los siguientes efectos:

1. Derecho de alimentos.
2. Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges.
3. Presunción de paternidad del concubinato, respecto de los hijos de la concubina.

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato resultan indispensables los siguientes requisitos que, siguiendo la tradición, el Código señala:

- a) Que la vida en común sea permanente, esto, que la relación haya durado más de cinco años o que antes hayan nacido hijos,
- b) Que ambos concubenarios permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato,
- c) Que se trata de una sola concubina por concubinario.

Además de los mencionados, el concubinato produce otros efectos legales, como son:

1. El que señala la Ley Federal del trabajo, la cual establece que a falta de cónyuge supérstite, la indemnización del trabajador por causa de riesgo profesional corresponderá a quienes en el aspecto económico dependan total o parcialmente de él. Entre esas personas la ley cuenta a la concubina o al concubinario, ya que se presume es la persona con quien el trabajador que ha muerto hacia vida en común.
2. El que señala la Ley del Seguro Social, la que a falta de esposa da derecho a la concubina a recibir la pensión que la misma ley establece en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, y si ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

3. El que señala la Ley del Instituto y Servicios Sociales para los trabajadores del estado al referirse al derecho que tiene a hacer uso de los servicios de atención médica, a falta de la esposa, la mujer con quien ha vivido como si lo fuera el trabajador o pensionista, durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que tuviese hijos, siempre que ambos hubieren permanecidos libres de matrimonio y sea una sola concubina. Asimismo, otorga a la concubina el derecho de percibir y disfrutar de una pensión por muerte o riesgos del trabajo del trabajador o pensionado.

Ahora bien, aunque todas estas leyes reconocen al concubinato, no le dan la amplitud de efectos que le concede el Código Civil, pues sólo reconocen efectos a favor de la mujer y no del varón que vive en concubinato.

2.- Nulidad del Matrimonio y Divorcio

Nulidad del Matrimonio

La nulidad del matrimonio, como causa de terminación del estado matrimonial en vida de los cónyuges debe verse en relación con la presencia de un vicio del que adolece el acto jurídico matrimonial, en virtud de haberse realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, y por lo cual sus efectos deben ser suprimidos.

De aquí que la terminación del estado matrimonial por nulidad se encuentre estrechamente vinculada con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto-matrimonial (matrimonio - fuente) como acto jurídico que es.

Para que el acto jurídico sea válido debe cubrir una serie de elementos legales como:

1. Ser una manifestación de voluntad solemne;
2. Que éstas sean las voluntades que necesariamente deben existir;

3. Tener por objeto de su voluntad la creación del estado de casados con los derechos y obligaciones que le son inherentes;
4. Celebrar el acto ante el juez del Registro Civil;
5. Hacer el juez la declaración de casados;
6. Redactar el acta respectiva y;
7. Constar el acto en las formas diseñadas ex-profeso.

De este modo, si el acto matrimonial le falta algún elemento o no se realiza con las formalidades de solemnidad requeridas que corresponden a los elementos de existencia, no habrá el matrimonio aunque en apariencia lo haya.

De acuerdo con lo que establece nuestro Código Civil vigente, las causas de nulidad se encuentran en relación directa con los requisitos de validez del matrimonio como acto jurídico.

1. El Código señala expresamente tres causas de nulidad:

- a) Error en la persona.
- b) Presencia de algún impedimento dirimente no dispensado.
- c) Ausencia de formalidades, que no sean las esenciales o solemnes.

2. La doctrina agrupa las causas de nulidad en:

- a) Vicios en el consentimiento (error en la persona, rapto, violencia).
- b) Falta de capacidad (menores, interdictos).
- c) Falta de aptitud física o mental (impúber, impotencia, enfermedades, vicios).
- d) Parentesco consanguíneo, afin o civil.
- e) Incompatibilidad de estado (bigamia).
- f) Delito.

1. Son causas de nulidad por vicios en el consentimiento:

- a) El error en la persona. El Código Civil dispone que haya error en la persona cuando creyendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo lleva a cabo con otra.

b) La violencia. El Código Civil la define como causa de fuerza o miedo graves. Pero para que pueda hablarse de miedo grave y se tipifique a la violencia como impedimento matrimonial, la amenaza de la cual es objeto el otro contrayente o quienes le tienen bajo su patria potestad o tutela, debe ser seria, y por ello importar el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes.

2. Son causas de nulidad por presencia de un impedimento dirimente:

a) La falta de capacidad por minoría de edad. El Código Civil señala que la falta de edad requerida por la ley es un impedimento para la celebración del acto matrimonial.

b) La falta de capacidad por insanía mental: Los declarados en estado de interdicción por locura o idiotez.

3. Son causas de nulidad por falta de aptitud física que constituya impedimento para la celebración del matrimonio:

a) No contar con la edad mínima legal para celebrar el acto matrimonial (16 años el varón y 14 en la mujer). En este caso, la acción de nulidad sólo se concede a los esposos, y deja de ser causa de nulidad cuando haya hijos o cuando los esposos lleguen a la mayoría de edad sin haber intentado la nulidad.

b) La impotencia incurable para la cópula, anterior al matrimonio (la sobrevenida con posterioridad es causa de divorcio); la embriaguez, el uso de drogas, la sífilis y las demás enfermedades contagiosas e incurables.

4. Son causas de nulidad por parentesco:

a) La celebración del matrimonio entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos; es decir, el parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado, y en línea colateral hasta el segundo grado.

b) El parentesco por afinidad en línea recta entre suegros y yernos o nueras.

c) La relación de parentesco entre adoptante y adoptada.

5. Son causas de nulidad por incompatibilidad de estado:

a) El contraer matrimonio habiendo realizado uno antes,

b) La relación del tutor y sus descendientes respecto al pupilo.

6. Son causas de nulidad por impedimento que constituye delito:

- a) La tentativa de homicidio o el homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretenden contraer nuevo matrimonio.
- b) El adulterio de los contrayentes. El que uno o ambos contrayentes hayan estado casados con anterioridad constituye un impedimento para contraer un nuevo matrimonio y causa de nulidad cuando los adúlteros hayan sido condenados en juicio penal o se haya demostrado el adulterio civil en juicio de divorcio.

Dadas las características de la nulidad tanto absoluta como relativa, observamos que en nuestra legislación casi todas las nulidades del matrimonio son relativas: sólo dos son absolutas.

1. Son causas de nulidad relativa del matrimonio:

- a) El error en la persona;
- b) la violencia;
- c) la falta de capacidad por minoría de edad;
- d) La falta de aptitud física que constituya impedimento para la celebración del matrimonio;
- e) La falta de autorización para la celebración del matrimonio de los que ejercen la patria potestad, en los casos de los menores de edad;
- f) La impotencia incurable para la cópula, anterior del matrimonio, así como la embriaguez, el uso de drogas, la sífilis y demás enfermedades contagiosas e incurables;
- g) La relación de parentesco entre adoptante y adoptada;
- h) La tentativa de homicidio u homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretenden contraer nuevo matrimonio;
- i) Adulterio.

2.- Son causas de nulidad absoluta del matrimonio:

a) El incesto. Cuando existe parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado, así como en línea colateral hasta el segundo grado, y el parentesco por afinidad en línea recta.

b) La bigamia. El matrimonio celebrado con este impedimento no puede confirmarse por ratificación ni por prescripción, y la acción puede ejercerla todo interesado a través de la denuncia ante el Ministerio Público, pues constituye un delito.

Los efectos de la sentencia de nulidad son:

1. Respecto a los hijos, produce efectos como cualquier matrimonio válido, incluyendo la presunción pater is est;
2. Respecto a los bienes, sus efectos son los mismos que para la liquidación de la sociedad conyugal en caso de divorcio.
3. Respecto a los cónyuges, ambos recobran la facultad de contraer nuevo matrimonio pero la mujer deberá esperar 300 días a partir de la separación.

Divorcio.

Es el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; es por esto, que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debamos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

Su clasificación se da:

1. Por los efectos que produce;
2. Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos.

Respecto a los efectos, han existido dos clases de divorcio:

1. El divorcio vincular, llamado divorcio pleno, que es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.
2. El divorcio por simple separación de cuerpos. llamado divorcio menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad.

En atención a la voluntad de los cónyuges:

1. Divorcio unilateral o repudio. Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio.
2. Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso. Es aquel que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna.
3. Divorcio causal, necesario o contencioso. Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal:

- a. Divorcio sanción: En él que se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.
- b. Divorcio remedio: En él no puede hablarse de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables -la impotencia o la locura- pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación.

También se considera causales remedio en nuestro Código Civil:

1. La falta de convivencia de los cónyuges por más de dos años.
2. El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio, y su demanda haya sido desestimada o se hubiere desistido de la acción.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, sólo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de exponer la causa o razón que los mueve a hacerlo.

En términos generales, por divorcio voluntario deberemos entender la forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos, cuando sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos que le hayan decidido ponen fin al matrimonio.

Nuestro Código Civil ofrece dos vías para obtener el divorcio por mutuo consentimiento:

1. La administrativa. Los cónyuges deberán ser mayores de edad, no tener hijos, la mujer no deberá encontrarse en estado de gravidez, haberse casado por separación de bienes o haber liquidado la sociedad conyugal y tener como mínimo un año de casados.
2. La judicial. Los cónyuges cuando falte cualquier requisito para el divorcio administrativo, sean menores de edad, tengan hijos, no hayan disuelto la sociedad conyugal de común acuerdo, y hayan cumplido un año de casados.

3.- Filiación y Paternidad.

La paternidad y filiación.

Recordemos que la segunda fuente de la familia es la procreación; es decir, que una pareja, por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un

vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres, haciendo la aclaración de que la maternidad queda involucrada en este concepto, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes.

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

El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera de matrimonio; cuando se da de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

En México, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias a este respecto. Los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales, independientemente de que los padres se encuentren casados o no.

En nuestro derecho, la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad.

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere. En nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos.

Ahora bien, para llevarla a cabo en lo que concierne a la maternidad, es necesario probar los dos elementos ya mencionados:

1. El hecho del parto, y
2. La identidad entre el ser que se dio a luz y el que pretende serlo.

Para esta comprobación puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se asiente el reconocimiento materno.

Se es hijo de la madre si se prueba el parto, y si la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel alumbramiento.

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 60: "La madre no tiene derecho de dejar reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo". En cuanto a la investigación de la paternidad, nuestro derecho establece dos vías de comprobación:

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

A falta de acta de nacimiento, si fuere defectuosa o incompleta, la prueba de la filiación se establece por la posesión de estado de hijo, en donde debemos de entender que es la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo.

Para que se dé la posesión de estado de hijo, la doctrina y la ley requieren de la presencia de tres elementos:

1. Nombre,
2. Trato, y
3. Fama.

El elemento nombre se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

En cuanto al elemento trato, se refiere al del padre en relación con el hijo, ya sea que lo haya alimentado, vivan juntos en familia y haya previsto su educación, como todo padre debe hacerlo normalmente con sus hijos.

El elemento fama se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial.

La posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere de ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, sólo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complementa, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del juez se consideren bastante graves.

La posesión del estado de casados no debe estar contradicha por el acta de nacimiento

La filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio. En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción quiere decir que, es padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento. Tal presunción se fundamenta en dos supuestos:

1. La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; sólo con su marido; y
2. La aptitud del esposo para engendrar.

En la filiación legítima se supone que el hijo nacido de una pareja unida en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial, como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea el hijo de ambos.

Son hijos de matrimonio los concebidos durante éste; cabe hacer la aclaración de que no basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se tenga por hijo del marido. Ya que al respecto, la ley tiene en cuenta el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos del esposo los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y los nacidos antes de 300 días de que el mismo se haya disuelto.

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual sólo podrá ejercer dentro de determinado tiempo, como es:

1. Cuando el supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 60 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.
2. De 60 días, a partir del día en que se regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

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

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado, y será de 60 días.

En nuestro derecho, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado de hijo, y su acción es imprescriptible para él y sus descendientes, de allí que si el hijo, no reclama podrán hacerlo los nietos o bisnietos, quienes pueden establecer su genealogía sin límite de grado o de tiempo. Para demandar su herencia, esto es, para ejercer la acción de petición de herencia, la ley sólo les otorga diez años, pero para los demás efectos del parentesco, no hay tiempo de prescripción.

Los otros herederos del hijo que no sean descendientes pueden reclamar el estado de éste para los efectos económicos implícitos, sólo si el hijo murió antes de cumplir 22 años o cayó en demencia antes de esa edad y no recobró la capacidad antes de morir. Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si ésta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tienen los acreedores del hijo muerto insolvente. La acción de los herederos no descendientes y de los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo.

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

En nuestro derecho se reconocen las siguientes clases de filiación:

- a) Hijos legítimos, o sea los nacidos dentro del matrimonio;
- b) Hijos extramatrimoniales, nacidos de la unión del hombre y una mujer, al margen del matrimonio;
- c) Hijos adoptivos, que no son el resultado de una unión natural, sino que derivan de una situación legal voluntaria.

En Grecia y en Roma, los hijos habidos fuera del matrimonio, no eran considerados como integrantes de la familia y en consecuencia se les excluía de toda posible participación en el derecho sucesorio.

Actualmente, en México ha llegado a una equiparación total de los derechos de los hijos, sin tener en consideración su origen.

Categorías de Filiación:

- a) Hijos legítimos, o sea los nacidos de matrimonio, a los que colocaba en una situación de marcado privilegio.
- b) Hijos naturales, concebidos por padres que en ese momento estaban en libertad de casarse. El Código fué bastante justo al contemplar su situación. Los padres tenían con respecto a ellos las mismas obligaciones que la ley les imponía para con los legítimos; gozaban de derechos hereditarios, pero su condición se reducía a la cuarta parte de la que correspondía a los hijos matrimoniales.
- c) Y finalmente, hijos adulterinos, o sea aquellos nacidos de padres casados con otra persona; los hijos incestuosos, nacidos de padres ligados por un vínculo de parentesco que constituye un obstáculo para contraer matrimonio; e hijos sacrilegos, cuyos padres habían hecho solemne voto de castidad en algunas de las órdenes religiosas reconocidas por la Iglesia Católica. La ley extremaba el rigor al respecto, establecido que no tenían padre ni madre ante la ley.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no reconoce sino dos categorías de hijos, los matrimoniales y los extramatrimoniales. En la última se incluyen, sin discriminación alguna a los naturales, adulterinos e incestuosos, permitiéndoles en todos los casos la investigación de la paternidad, salvo que se trate de imputar a una mujer casada un hijo habido fuera de matrimonio.

4.- Pensión Alimenticia

La pensión alimenticia se dice que es la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias, puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia; esto quiere decir que, todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

Los alimentos se encuentran constituidos por comida, vestido, habitación, así como asistencia en caso de enfermedad. Respecto, de los menores, incluyen además, educación básica y aprendizaje de un oficio, arte o profesión.

Uno de los efectos del parentesco es la ayuda mutua que se deben los cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplirla es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido diversos autores, consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio elemental de solidaridad familiar.

Los sujetos obligados a darse alimentos son todos los parientes en los grados reconocidos por la ley, y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes consanguíneos y en línea transversal o colateral hasta el cuarto grado; asimismo, se incluye la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

Se podría decir que la obligación alimentaria es:

- Recíproca, ya que el obligado a darla tiene a su vez el derecho a exigirla.
- Proporcional, esto es que los alimentos han de ser proporcionales a la posibilidad del que los da y a la necesidad de quien los recibe.
- Aprorrata, la obligación alimentaria debe prorratearse cuando son varios los obligados a dar alimentos a otro; vale decir, debe dividirse atendiendo a la fortuna de los deudores.
- Subsidiaria, pues se establece a cargo de los parientes más lejanos, sólo cuando los más cercanos no pueden cumplirla.
- Imprescriptible, en tanto no se extingue aunque el tiempo transcurra sin ejercerla.
- Irrenunciable, la obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia, es un derecho al que no puede renunciar al futuro, pero sí a las pensiones vencidas.

- Intransigible, es decir, no es objeto de transacción entre las partes.
- Incompensable, es extinguido a partir de conaciones reciprocas.
- Inembargables, ya que es considerada como uno de los bienes no susceptibles de embargo.

En el Derecho Civil Mexicano sólo existen dos maneras autorizadas para que el obligado a dar alimentos pueda cumplir con su obligación:

- 1.- A través de una pensión en efectivo o.
- 2.- Incorporando al acreedor a su hogar.

La garantía que asegure a la obligación alimentaria puede ser:

- 1.- Real, como la hipoteca, la prenda o el depósito en dinero.
- 2.- Personal, un fiador por ejemplo.

La pensión alimenticia termina:

- A) Dejar de necesitarlos el acreedor;
- B) Injuria, falta o daños graves inferidos por el acreedor a quien debe proporcionarselo;
- C) Que la necesidad de los mismos dependa de la conducta viciosa o falta de dedicación al trabajo por parte del acreedor alimentista;
- D) Que el acreedor abandone, sin causa justificada, el hogar al cual ha sido incorporado;
- E) Que el menor deje de serlo al llegar a la mayoría de edad, y los obligados a alimentarlo sean los hermanos o parientes colaterales.

5.- Tutela

La tutela, es una institución jurídica, sustituta de la patria potestad, cuyo objeto es el cuidado y representación de los menores no emancipados y que no tienen quien ejerza la patria potestad, o de los mayores incapacitados para gobernarse por sí mismos, así como para su representación en casos especiales.

En su origen romano fue una institución netamente familiar que constituía un derecho en interés de la familia, para el cuidado de los bienes del menor impúber sui iuris quien, por su falta de madurez, podía dilapidar los bienes familiares. En la misma circunstancias estaba el incapacitado mayor o púber, en cuyo caso el encargado era denominado curador.

La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz, considerando la tutela más como una función con marcado interés público, que un derecho meramente familiar. Por ello en los sistemas modernos se ha dado cada vez más intervención al poder público, a través de los jueces de menores, Consejos Tutelares y el Ministerio Público. Nuestro Código Civil establece la tutela como un cargo público del cual nadie puede eximirse sino por causa legítima.

La tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos. Por lo tanto, la tutela es una figura supletoria de la patria potestad en el caso de los menores de edad.

El objeto primordial de la tutela lo constituyen:

1. La guarda o cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos a patria potestad;
2. La guarda y cuidado de la persona y bienes de los mayores incapacitados natural y legalmente;
3. La representación interina del incapaz en casos especiales.

Nuestro Código Civil divide a la tutela de la siguiente forma:

A) La Tutela Testamentaria, que es aquella que se establece por testamento para que surta efectos a la muerte del testador, y sólo se da en los siguientes casos:

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 evitarlo, señala en su testamento un tutor para sus hijos menores.

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 un caso de 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.

B) La Tutela Legítima es la conferida por la ley a falta de designación por testamento, y recae en parientes del menor a los que no les corresponde ejercer la patria potestad, y en los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad.

En la tutela legítima se aplica el principio que regula todas las relaciones parentales, en cuanto a que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Así para el ejercicio de la tutela, los padres, hijos y hermanos, junto con la cónyuge, serán preferidos a los tíos y primos.

Cuando sean varios los parientes que deben ejercer la tutela legítima, el juez escogerá entre ellos al más idóneo; la tutela es individual no por parejas, como ocurre con la patria potestad.

Casos en que procede la tutela legítima:

1. Cuando el menor no tiene quien ejerza la patria potestad, y no se le haya designado tutor testamentario.
2. Cuando se trata de menores abandonados, sin familia conocida, y hayan sido recogidos por algún particular o por una institución de beneficencia estatal o privada.
3. En el caso de los demás mayores de edad incapacitados por enfermedad o vicios.

C) La Tutela Dativa es la que se establece por disposición del juez a falta de las dos anteriores; presupone que no existe tutor testamentario ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.

También es dativo el tutor del menor emancipado por matrimonio para sus asuntos judiciales. Sólo para divorciarse el menor requiere de tutor legítimo, dado en el interés familiar.

La ley excluye de la tutela a determinadas personas y las señala como inhábiles para ejercerla: así, el artículo 503 del Código Civil para el Distrito Federal, señala a los que no pueden ser tutores aunque estén en disposición a el cargo. Estos pueden agruparse en:

1. Los incapaces.
2. Los de conducta ilegal o inmoral.
3. Los que por razón de su puesto están impedidos.
4. Los que tienen imposibilidad física.
5. Los que tienen incompatibilidad de intereses.

En nuestro derecho, la tutela termina cuando concluye la incapacidad, al llegar a la mayoría de edad o cuando el menor se emancipa en virtud de contraer matrimonio.

También es causa de cesación de la tutela la adopción del menor o el reconocimiento hecho por sus padres, quedando entonces sujeto a la patria potestad.

Cabe hacer la aclaración, que tanto durante el desempeño de la tutela como a su terminación de la misma, el tutor debe rendir cuentas.

6.- Sucesión

Debemos entender que para el término sucesión, implica una serie de acontecimientos que se siguen en el tiempo, uno después del otro, tales como el nacimiento, la madurez y la muerte.

El derecho sucesorio implica un cambio en los titulares de un derecho u obligación, ya que un titular sigue y sucede a otro.

En el sentido amplio, por sucesión debemos entender todo cambio de sujeto de una relación jurídica. Por ejemplo, el comprador que sucede al vendedor en la propiedad de la cosa vendida; el arrendatario que sucede a otro en una cesión de derechos personales de arrendamiento.

En cambio, por sucesión en sentido restringido, entenderemos, la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones, que no se extinguen con la muerte. Por ejemplo, la persona nombrada por el de cuius como su heredera universal, le sucede en la propiedad de su patrimonio.

Por lo tanto debemos entender que en materia jurídica, la sucesión supone el cambio del titular de un derecho.

La sucesión puede ser:

1. A título particular, respecto de un derecho individual como el de propiedad de una cosa, el cual se caracteriza de la siguiente manera:

- a) En vida del primitivo titular; sucesión "inter-vivos": compraventa, donación;
- b) Por la muerte del primer titular: Legado;
- c) A título oneroso: compraventa;
- d) A título gratuito: donación y legado.

2. A título universal respecto de la totalidad de un patrimonio, la cual se caracteriza por:

- a) Efectuarse sólo por causa de muerte del titular o sucesión mortis causa, también llamada herencia;
- b) Ser gratuita.

Cuando la transmisión mortis causa se refiere a un bien determinado y no a todo el patrimonio del difunto, recibe el nombre de legado.

Tipos de Sucesión Hereditaria.

En nuestra legislación la herencia puede ser:

- 1. A título universal; es decir, de todos los bienes, derechos y obligaciones, o de una parte alicuota.
- 2. A título particular; esto es, de bienes concretos.

Cuando la sucesión es universal, el sucesor recibe el nombre de heredero, pero cuando es a título particular, aquél se denomina legatario.

El heredero lo es a título universal, pues hereda toda la masa hereditaria o una parte y consecuentemente hereda el pasivo en la misma proporción. Por el contrario, el legatario normalmente sólo responde de la carga que expresamente le señala el testador, salvo que toda la herencia se distribuya en legados, pues entonces, se les considerará como herederos y responderán del pasivo en proporción al valor de su legado.

El acto jurídico por el cual el de cuius dispone de sus bienes para después de la muerte recibe el nombre de testamento.

Ahora bien, la facultad de otorgar testamento admite grados y, así, han existido sistemas que la delimitan, los cuales se clasifican en:

1. Sistemas de libre testamentación;
2. Sistemas de testamentación legítima, también llamado sistema mixto, puesto que junto a la voluntad del testador se encuentra la voluntad de la ley.

La libre testamentación, es aquella en que toda persona por testamento, tiene derecho a disponer libremente de todos sus bienes.

Al establecerse en Roma el sistema de libre testamentación, éste se prestó a abusos, ya que mediante él, el pater familias podía disponer de los bienes familiares adquiridos incluso por los alieni juris sujetos a su potestad; de manera que los pretores, a través de la acción de nulidad o de testamento inoficiosos, limitaron la facultad irrestricta del paterfamilias. Posteriormente, se estableció la obligación de reservar una parte de la herencia para los herederos sui, de la siguiente forma: la tercera parte, si eran cuatro o menos los herederos sui, y la mitad de la herencia si eran cinco o más. Esta parte reservada a los herederos legítimos recibió el nombre de legítima.

A través de los Códigos Civiles Francés y Español, el sistema de legítima pasó a nuestro Código Civil del Distrito Federal de 1870, pero fue suprimida en el Código de 1884, que estableció la libre testamentación, derecho que ha llegado hasta nuestros días con la

única limitación de garantizar alimentos a aquellos parientes a quienes debiera dárseles en vida del testador: descendientes, cónyuge superviviente y ascendientes, de acuerdo con las reglas que el mismo Código señala.

La sucesión legítima o ab-intestado, es conocida como un sistema necesario o forzoso, puesto que es la Ley la que establece de qué forma se dispondrá de los bienes de la herencia, ya sea porque no existe testamento eficaz, o de existir, no comprende a todos los bienes. En estos casos, es la ley la que señala a los herederos a partir de los parientes más próximos; de no existir éstos dentro de determinado grado, designa como tal a la beneficencia pública.

Los dos sistemas de testamentación y sucesión legítima aparecen en muchos casos en una sola sucesión.

En el Derecho Romano no podían subsistir simultáneamente la sucesión legítima o intestada y la testamentaria. Cuando existía el testamento válido, toda la herencia correspondía al heredero y si el testamento se invalidaba, la sucesión total era intestada sin que pudiera preservarse parcialmente el testamento.

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD

A. REFERENCIA HISTORICA

1.- Derecho Romano

Al referirnos a la evolución histórica de la patria potestad estamos haciendo incapié a una institución que se origina en el Derecho Romano, ya que la patria potestad consistía en una efectiva potestad o un poder sobre los hijos y sus descendientes, el cual era ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del pater familias (no del padre y mucho menos de madre), sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos. Además se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte.

El pater, era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría, además con un poder absoluto y dictatorial, ya que dicho poder era ejercido por una sola persona que era el

pater familias y dictatorial porque se hacía lo que el eligía; pero con el advenimiento del cristianismo ésto se fue suavizando, ya que cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho.

El sistema de peculios, consistía en que el hijo podía tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse, en nuestros días, en una institución protectora del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio.

Fue en Roma como se mencionó anteriormente donde realmente existió la patria potestad, porque aún cuando hoy existe una institución que conserva aquél nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas.

Ahora bien, podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad. (26)

Es indudable que la patria potestad fue evolucionando y si bien el poder paternal era extensísimo, siempre tuvo obligaciones y éstas derivaron, en principio, del carácter sacerdotal del padre; éste es el depositario del honor de los ascendientes, el responsable de los descendientes, el dueño y titular de la "sacra privata", pero esa religión le impone deberes y la autoridad paterna no es absoluta y arbitraria, sino que estaba limitada por la misma fe religiosa y por la conciencia de la misión trascendental del padre.

El poder de la patria potestad fue evolucionando a favor del hijo, y los poderes del padre sufrieron tantas excepciones, que éstas pasaron a convertirse en regla, sobre todo en el derecho justinianeo.

Pero no caben dudas acerca de que fue en Roma donde la institución tuvo su mayor auge y que la influencia ejercida por la patria potestad romana, sobre las legislaciones de otros pueblos es aún más observable en nuestros días.

(26) C. f. f. Ibarrola, *Antoni de, Derecho de Familia, Op. Cit.*, pág. 415

Aquí se sostenía que el padre engendrabá para sí un hijo y para el Estado un ciudadano; por lo que el pater aparecía ejerciendo sobre el hijo un poder equiparado al imperium público, abarcando todos los derechos prácticamente sin limitaciones y comprendiendo los derechos de abandono, exclusión familiar, venta, pignoración y privación de patrimonio.

La patria potestad fue concebida como una prerrogativa tendiente al resguardo de la familia.

A la patria potestad debemos agregar como antecedente valioso las Leyes de Partidas, donde si bien se toma a la institución en su acepción romanística que llevaba a definirlo como un poder y señorío del padre sobre el hijo, consignaba que dicho poder debía ejercitarse con mesura y con piedad.

Terribles eran los efectos de la patria potestad ya que durante mucho tiempo el pater familias pudo matar. (27) mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris, como podía romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecían a éstos últimos. Además podía venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda; hasta Augusto, con lo anterior, se originaba que, el hijo de familia fuera hasta objeto de un robo. En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Esta potestad, fuere cual fuese la edad de los alieni iuris, no se extinguía más que por la muerte o la capitis deminutio que priva al pater familias de su calidad de sui iuris; pero más adelante la conducta del pater familias fue sometida a la apreciación del Censor y se fueron imponiendo a la autoridad de aquél, restricciones cada vez más importantes.

Las Doce Tablas hacían libre al hijo objeto de tres emancipaciones sucesivas. La Ley Julia De adulteriis quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos. La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.

(27) Margadani S., Guillermo F., *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Esfinge, 1986, Décima Cuarta Edición, pág. 200

La familia, o domus, era originariamente el grupo de personas y de cosas sobre las que un pater familias ejercía un poder; manus designaba el poder sobre la mujer casada; la patria potestad significó aquella que se ejercía sobre los descendientes por la línea de varón; potestas dominica el dominio sobre los esclavos y dominium el que se ejercía sobre las cosas.

Así como a pesar de la manus, era moralmente elevado el concepto del matrimonio ya desde los tiempos más remotos, la misma elevación moral reguló la conducta del padre para con sus hijos, no obstante, el poder absoluto que el derecho concedía al primero. Adquiríase la patria potestad por la procreación, por la legitimación y por la adopción.

Finalmente, mencionaremos que la patria potestad en el Derecho Romano estaba estática en beneficio del grupo familiar representado por el pater familias, ya que era facultad de éste, o sea del varón de mayor edad, y nunca de la mujer, además, era perpetua mientras viviera el pater familias, independientemente de la edad del hijo, los bienes que obtenía el alieni juris correspondían al pater familias; él carecía de bienes propios, ésta era renunciable, ya que el pater podía renunciar a ella y era ejercida por el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyéndolo al progenitor inmediato.

2.- Derecho Español

En la antigua legislación española, las leyes visigodas combatían el poder absoluto del padre en la patria potestad el Fuero Real rechazó la idea del poder paterno como ilimitado y despótico. Las Siete Leyes de Partidas tomaron la concepción del derecho despótico y a su vez la concepción del Derecho justiniano, limitando el poder del padre, siendo la regla general que el poder paterno se ejerciera con cuidado y con piedad.

"En la doctrina española, anterior y posterior al Código Civil de 1889, se admitió que la patria potestad se hallaba fundada en la naturaleza y que no necesitaba del derecho positivo para actuarse.

Según algunos autores como Puig Peña, en su obra titulada Tratado de Derecho Civil Español, sostenía que la patria potestad era una facultad y en cambio Castán Vázquez, en

su obra titulada la Patria Potestad, admitió que es una función natural al ensayar su definición: La patria potestad, es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.

En cambio, Royo Martínez, en su obra Derecho de Familia, advirtió que la patria potestad era una institución de derecho natural ".(28)

La Constitución de Irlanda de 1937 establecía textualmente: El Estado reconoce a la familia como el grupo primario, natural y fundamental de la sociedad y como institución moral que posee derechos inalienables e imprescriptibles anteriores y superiores a todo Derecho Positivo. Y como la patria potestad, es el elemento fundamental de la relación paterno filial que a su vez integra la familia, queda claro que dicha patria potestad es una institución primaria, natural, fundamental de la sociedad y constituye una institución moral con derechos inalienables e imprescriptibles, y cuyo instituto es anterior al Estado y superior a todo Derecho Positivo. Y todo ello es reconocido por el estado que regula su ejercicio teniendo en mira el superior interés del hijo menor de edad y de la familia a la que se halla integrado.

3.- Derecho Francés

La aparición del cristianismo produjo una síntesis entre la potestad romana y el principio tutelar de los germanos, más las excesivas atribuciones paternas no dejaron de provocar reacciones, sobre todo en la Edad Media, que hasta llevaron a una negación de la patria potestad.

La doctrina de que la patria potestad es un derecho y una función fundada en la naturaleza, no es pacífica, puesto que una parte de la doctrina francesa sostenía que es la ley la que concede la patria potestad a los padres, y eso es contrario, ya que con el simple hecho de tener un hijo por la naturaleza misma da la patria potestad a los padres.

(28) López del Carril, Julio, *Derecho de Familia*, Op. Cit., pág. 332.

Consecuente con ello, el Proyecto de Código Civil Francés establecía que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley.

La doctrina moderna se ha afirmado en la condición de que la patria potestad es un derecho y un deber que descansa primeramente en lo natural.

La patria potestad existe como situación de hecho natural y social, con una fuerte legitimidad propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ella.

El Estado no hace más que dar juricidad a lo que existe biológica, psíquica, moral y socialmente, dictando reglas que conducen al logro de los fines del instituto, que consisten fundamentalmente en la protección de los hijos y en el mantenimiento de la jerarquía paterna.

En la doctrina pontificia, León XIII, ha afirmado que en la sociedad cristiana la patria potestad se ajustaba, convenientemente moderada, a la dignidad de la esposa y de los hijos, y que la misma naturaleza daba a los padres el derecho de educar a sus hijos.

Finalmente, diremos que la patria potestad en el Derecho Francés, encuentra su fundamento dentro de tres etapas principales:

- 1.- En la naturaleza, que quiere que en la infancia tengan los padres sobre los hijos un poder pleno dedicado exclusivamente a su protección y defensa de éstos últimos;
- 2.- Que en la pubertad el hijo, va a tener una necesidad de una mano fuerte que lo proteja y lo ayude a salir adelante;
- 3.- Y que desde la pubertad hasta la mayoría de edad, el poder de los padres sobre el hijo, es un medio de dirección y defensa.

4.- Derecho Mexicano

La organización de las sociedades primitivas descansaba en la constitución y fortaleza de la unión familiar. Este núcleo familiar tenía a su vez una sustentación de carácter profundamente religioso.

El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre, es por eso de su enorme autoridad, aquí la patria potestad, era el reflejo de ese poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares, éste a su vez, tenía el poder absoluto en los pueblos de la antigüedad, es decir, tenía el carácter absolutista.

En el Código Civil de 1884, los derechos paternos sobre los hijos naturales, eran idénticos a los que regían la relación paterno filial legítima y las excepciones establecidas, vinculadas con los bienes, que estaban expresamente consagradas.

En cuanto a los deberes, se referían a la crianza, educación, instrucción escolar y laboral, así como también a la prestación de alimentos hasta la edad de dieciocho años, en caso de que no pudieran los hijos satisfacerlos por sí mismos.

A los hijos ilegítimos se les concedía la posibilidad de reclamar alimentos hasta la edad de dieciocho años en caso de imposibilidad de proveer sus propias necesidades, ya que sobre ellos el legislador se cuidó de no consignar una expresión semejante.

La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia y la intervención estatal, ya otorgando la lícitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas.

Dentro de las instituciones del derecho familiar, es precisamente la patria potestad, una de las más reguladas por el orden jurídico.

La regulación jurídica de la patria potestad evidencia similitud en cuanto las legislaciones modernas la conciben como institución dirigida a lograr la plena formación del hijo e integrada por un conjunto de derechos y deberes que tienen una función social que cumplir.

Ahora bien, en la actualidad la patria potestad en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, se encuentra regulada en los artículos 411 a 448, inclusive cabe señalar que son tres aspectos principales contemplados por la ley:

- 1.- Los efectos de la patria potestad, en cuanto se refiere a la persona de los descendientes.
- 2.- Los efectos en cuanto a los bienes de los mismos.
- 3.- Y las formas de suspenderse o extinguirse la patria potestad.

Cabe señalar que al Estado le corresponde una delicada labor como contralor y subsidiario, para asegurar el cumplimiento de los deberes que han sido impuestos para el logro de la finalidad de la Patria Potestad.

Un derecho puede ser ejercido por quien no es titular, siempre que no invada la esfera de los negocios jurídicos y se reserve a los hechos materiales, pues de ese modo en nada se altera la regulación legal.

El derecho a la patria potestad corresponde sobre el menor, tanto al padre como a la madre, sean éstos legítimos, extramatrimoniales, reconocidos o declarados como tales, siempre y cuando medie convivencia con el hijo.

En cuanto otorga al padre legítimo el ejercicio de la patria potestad, no quita que el deber legal de la crianza incumba por igual a ambos progenitores, y hasta principalmente a la madre, lo cual implica reconocer a ésta una total paridad en lo referente al derecho de tener al hijo para poder cumplir el mencionado deber de crianza.

La vinculación hacia la correspondencia con los otros derechos y deberes ha llevado a los tribunales a consagrar, el derecho de exigir que las autoridades públicas presten a los padres toda la asistencia que sea necesaria para conseguir que los hijos de éstos, sean regresados a su autoridad, esto está condicionado al fiel cumplimiento de los deberes que le son correlativos.

El derecho y obligaciones surgidas de la patria potestad tienen preexistencia al mundo jurídico. Cuando el hombre aún no había elaborado el derecho ni como ciencia, ni tan siquiera como fórmula social de convivencia con sus semejantes, tenía plena conciencia de que

podía y debía gobernar y conducir en la vida a su hijo hasta que éste se transformase en hombre.

Por otra parte, lo que no podrá desconocer la ciencia jurídica, es la autoridad del padre y de la madre y el deber de respeto y obediencia de los hijos hacia los padres.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.

Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ella pierde los derechos vinculados de la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado.

Como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan del derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. En el fondo, y después de varios trastornos, éste es el espíritu que perdura en los Códigos Civiles Modernos.

En conclusión, observamos que la patria potestad en nuestro Código Civil vigente, es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos por los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio, pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y solo limita, en su provecho su capacidad de ejercicio.

B. CONCEPTO

1.- Jurídico

Ahora, comenzaremos a definir lo que es la patria potestad, puesto que según Antonio de Ibarrola, en su libro de Derecho de Familia, menciona que la palabra patria potestad viene de la expresión en latín patrius, a, um, lo relativo al padre, y potestas, potestad.

Nuestro código actual, que desarrolla en tres capítulos a la patria potestad, en su título octavo de su libro primero, menciona todo lo relativo a ésta institución, absteniéndose de definirla. En la Ley de Relaciones Familiares tratan de la patria potestad los artículos 238 al 270, y en el Código de 1884 sus artículos 363 a 403 también tratan de la patria potestad, pero tampoco en ninguno de los dos se da una definición acerca de la misma.

Ahora bien, recordemos las palabras de Ulpiano traducidas al español: "Es llamado padre de familia quien tiene en casa el dominio, aún cuando carezca de descendencia".(29)

La patria potestad, es un derecho natural que descansa, en una posición exclusivamente biológica, porque es indispensable ser padre o madre biológicos para que tenga nacimiento automático y espontáneo la patria potestad, constituyéndose así uno de los atributos objetivos y subjetivos de la paternidad y la maternidad que tienen preexistencia a lo jurídico, y cuya formulación natural se proyecta a la vida jurídica en determinadas condiciones, y ésta se halla subordinada a las resultantes necesarias e indestructibles del presupuesto natural y biológico. (30)

La relación intersexual tiene en sus autores, potencialmente y en forma consciente o inconsciente, voluntad y responsabilidad procreativa.

(29) Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia, Op. Cit., pág. 415

(30) C.f.r. López del Carril, J. I., Estudios del Derecho de Familia, Op. Cit., pág. 29.

A la patria potestad le importa el ejercicio de un derecho natural, y el derecho de los padres de ejercer respecto a sus hijos, la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por la procreación.

Pero hay que considerar que privar a los padres de ese derecho por razones de simple conveniencia importa, vulnerar gravemente el más fuerte de los lazos que puede vincular a dos seres humanos, el cual es surgido simplemente por el hecho de la procreación. Los lazos derivados de la ley natural, la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres, el derecho de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y educación de sus hijos.

La patria potestad existe como una situación de hecho natural y social, con una fuerte legitimación propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ellos.

El derecho de los padres de ejercer respecto de sus hijos la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por el hecho de la procreación tiene jerarquía constitucional. La familia de sangre constituye el núcleo de toda sociedad humana bien organizada.

Hay que hacer la aclaración de que la ley no puede conceder, lo que los padres tienen por naturaleza o por la voluntad de Dios.

Agregando que la ley no puede crear, la patria potestad, pues la ley no puede crear, derechos familiares, simplemente los califica. El vínculo biológico, es el único creador, puesto que el padre y la madre son los que dan vida y existencia al hijo, no la ley. El vínculo jurídico, por ello, es nada más calificador.

Es elemental aclarar que el interés sobre el hijo, desde el ángulo de los padres, es un derecho de éstos. El interés a criarlos, alimentarlos, atenderlos en las enfermedades, educarlos, representarlos, etc., es un derecho de los padres, y que, nadie más que ellos puede hacerlo y de acuerdo a su concepto e idea. Ellos le darán clase de alimentación que mejor parezca, los harán atender por el médico que ellos escojan, los harán educar en el colegio que ellos elijan, etc., siempre buscando lo mejor para sus hijos, ya que ningún padre es tan desinteresado para no permitir el buen desenvolvimiento y desarrollo del hijo.

Es evidente que son el padre y la madre quienes tienen interés en formar un ser física y psíquicamente sano, con un caudal cultural y moral, que permita el desenvolvimiento normal de ese hijo en el medio en que la humanidad actúa. La formación del hijo es un derecho y a la vez una función del padre no un derecho y deber, pues que la forma de ejercitar aquel derecho es mediante su función, la del padre, y la intrínseca y extrínseca de ese derecho, que es el desenvolvimiento y desarrollo de formar al hijo para su debida y correcta transformación en hombre.

El deber es lo principal y el derecho es dado como medio para el cumplimiento de aquél. Deber es siempre consecuencia de Derecho, pero este jamás es consecuencia de deber.

La patria potestad también en otro concepto se puede relacionar que es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad. (31)

La patria potestad dejó ser exclusiva del padre y ahora es compartida por igual con la madre, o a veces exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, por parejas o por uno sólo de los abuelos o abuelas.

La patria potestad se manifiesta a través de una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.

Como otro concepto, diremos que la patria potestad "es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida". (32)

(31) C. F. Montero Dubatt, Sara, *Derecho de Familia*, México, Editorial Haris, 1981, pág. 339

(32) Pérez Duarte, y N., Alicia Elena, *Derecho de Familia*, México, U.N.A.M., 1990, pag. 61

Tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica para poder cumplir con dichos fines. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre y madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna. Se refiere tanto a la persona del menor como a sus bienes, y tiene el objetivo, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas. (33)

La patria potestad se trata del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos.

La propia ley señala, que dichas facultades y deberes pasan a los abuelos y abuelas, esto es en ocasiones determinadas.

La patria potestad, sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas. Dicho ordenamiento, establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta, por interés público, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tienen directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas. El Código Civil para el Distrito Federal, establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta, por interés público, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tiene posibilidades de renunciar a su ejercicio, sólo se pueden conceder dispensas a quienes tengan más de sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud que le impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad.

Se podría decir, que este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido de orden natural, derivado de la procreación; un contenido afectivo, derivado de la relación que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen el padre y madre, para atender los intereses de sus hijos y de éstos para respetar y obedecer a aquéllos, y un contenido social, representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de hijos e hijas.

(33) C.f.r. Vid Collin, Ambrosio y Capiani, Henri, Curso Elemental de Derecho Civil, Madrid, Bosch, 1954, tomo II, pág. 20

La patria potestad, es considerada como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes, por lo que se equipara a una función pública.

Se puede decir que la patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administre sus bienes y los representen en tal periodo.

Es de gran interés para el Estado que los padres cumplan sus deberes para con sus hijos, cualesquiera que sea el estado civil de aquellos, y para que los menores de edad se eduquen, desarrollen y formen en un ambiente familiar adecuado, al lado o con la atención directa y constante de sus padres, o de aquellos que por disposiciones del propio Código tanto padres adoptivos o como tutores, sustituyan a los padres, cuando éstos desaparezcan o se les prive o se les suspenda la patria potestad por consecuencias de conductas altamente perjudiciales para la formación de los hijos.

Este interés del Estado eleva la importancia del ejercicio de la patria potestad por parte de los padres y del estudio de los preceptos en que el Código Civil, se regula; por una parte es buena la pretensión del Estado ya que así hay mejor funcionamiento de las relaciones de padres e hijos.

Según el Código Civil vigente, los hijos menores de edad o sea menores de 18 años, estarán bajo la patria potestad de sus padres, quienes la ejercerán conjuntamente, siempre y cuando no estén separados, ya que sólo corresponderá ejercerla uno de ellos en caso de que el otro haya fallecido o se le haya suspendido o privado su ejercicio.

En la patria potestad, el derecho objetivo regula los derechos y deberes de los padres y también los de los hijos. Y el derecho subjetivo es el poder jurídico conferido al padre contra quién pretenda detentar un poder sobre sus hijos para ejercer la patria potestad y remover los obstáculos que se le opongan; la patria potestad es derecho familiar, indisolublemente ligado a los intereses del hijo, por lo cual, al defender su propio derecho, el padre defiende el interés del hijo llevado a la categoría de interés superior.

Galindo Garfias establece, en su libro de Derecho Civil, que la patria potestad, es un instituto necesario para la cohesión familiar, es decir, "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados." (34)

Finalmente, cabe señalar que el concepto de Patria Potestad a mi criterio sería el conjunto de derechos y deberes, que la ley confiere a los padres para el cuidado, guarda, protección del menor hasta la edad de dieciocho años o a su emancipación de éste.

C. CARACTERISTICAS

I.- Cargo de interés público

Como primer punto hablaremos, de la patria potestad como un cargo de interés público ya que como podemos observar la actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma.

Aquí la mayor parte de los progenitores, es decir, los padres y, sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo, cuya protección a los menores es en buena medida natural, ya que ésta forma parte del instinto de conservación extendido, ya no nada más al individuo, sino a la especie misma.

La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

(34) Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, México, Editorial Porrúa, 1980, pág. 668

La patria potestad, es una institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

Por lo tanto, se dice que es de orden público, por que las convenciones que hagan los padres con terceros tendientes a limitar o modificar la regulación jurídica específica, son sin valor y además por el interés social de ese régimen.

2.- Irrenunciable

En el artículo 448 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se determina que la patria potestad es irrenunciable, y que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público. La patria potestad tiene un significado de interés público, es por eso que se considera que es irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, es muy amplia, respecto a los padres de hijos que nacen fuera de matrimonio y que dejan toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, esto es uno de los mayores problemas que actualmente padece la humanidad.

En conclusión, diremos que es irrenunciable, simplemente porque es de orden público.

3.- Intransferible

Los derechos a la patria potestad, son de carácter personalísimo, es decir personales, por lo tanto, no pueden por ello ser objeto de comercio, ni pueden transferirse por ningún título oneroso, ni gratuito. Ya que la patria potestad solamente puede ser transmitida conforme a derecho por la figura denominada adopción.

Cuando un menor de edad, está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley, y ser acordada por el juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el caso de que quien la ejerce muera o se imposibilite para cumplirla, el Código Civil vigente, señala expresamente en su artículo 414, quienes son las personas que deben asumirla, por lo tanto, no es cesible, por la misma razón que es intransferible.

La patria potestad, por cuanto a las prerrogativas que ella reconoce, solo pueden ser ejercidas por los padres, y es por ello que se ha decidido que los acreedores de los padres no pueden subrogarse en los derechos de éstos, ya sea personal o patrimonial y los padres no pueden disponer a favor de terceros los derechos personales patrimoniales de la patria potestad.

Además, por cuanto, reconoce como causa la paternidad o la maternidad y cualquiera de éstas no pueden transmitirse.

También la patria potestad es indivisible, porque el ejercicio de la patria potestad corresponde a uno de los padres, y no es indistinta, ni conjunta.

4.- Imprescriptible

La patria potestad, no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Igualmente, sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. La patria potestad sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: Primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar.

"Es imprescriptible, ya que ningún derecho familiar es prescriptible. En el derecho alemán, se estatuye: la pretensión derivada de una relación jurídico-familiar que no se extingue por prescripción. Y en la jurisprudencia extranjera también así se ha resuelto".(35)

5.- Temporal

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría de edad. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, se dice que es temporal ya que termina con la mayoría o la emancipación legal del hijo y por lo tanto, también es caducable por lo mismo, puesto que el carácter está vinculado a la temporalidad. La patria potestad caduca de pleno derecho al alcanzar el hijo la mayoría. Aquella figura fija desde la norma misma el tiempo durante el cual puede ser ejercitado tal derecho y opera la extinción de una manera directa y automática.

6.- Excusable

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se dispensa o se puede excusar de cumplirla.(36)

Estas circunstancias son dos:

(35) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Buenos Aires, Op. Cit. pág. 798

(36) Op. Cit. c.f.r. Pérez Duarte y N. Alicia Elena, Derecho de Familia, pág. 62

- 1) Cuando se tiene sesenta años cumplidos, y
- 2) Cuando por el mal estado habitual de salud, no se pueda atender debidamente a su desempeño de acuerdo con el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agoradas por la edad o por la mala salud.

Cuando quien ejerce la patria potestad o deba de ejercerla se encuentre en estas condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el juez de lo Familiar quien determinará quien debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto ya sea padres y abuelos; o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño, es benéfico para el descendiente.

La patria potestad, no constituye un poder absoluto, sino que llena una función social y ha pasado de militar en los derechos egoístas a la categoría de los derechos altruistas.

La patria potestad es la institución más profunda y completa de protección al menor, y llena cinco funciones: Familiar, filial, social, tuitiva y jurídica.

D. SUJETOS

Para los sujetos de la patria potestad, la ley determina cómo se cumplirá con la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, y cuando los mismos son habidos fuera de él.

I.- Activos

Dentro de éste concepto, se puede decir, que son sujetos activos dentro de la patria potestad, los ascendientes como son el padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor.

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos; cuando falta uno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como la establezcan de común acuerdo. Si se presenta alguna controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor.

En caso de adopción, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo.

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos otros, o uno sólo de cada pareja.

Cuando el hijo es de matrimonio ejercerán la patria potestad en el siguiente orden:

1. El padre y la madre conjuntamente, a falta de uno de los dos, la ejercerá el que quede;
2. El abuelo y la abuela paternos;
3. El abuelo y la abuela maternos, según el artículo 414 Código Civil para el Distrito Federal, si sólo faltase alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, el que queda continuará en el ejercicio de ese derecho según el artículo 420 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 341 de la Ley de Relaciones Familiares y 366 del Código Civil para el Distrito Federal de 1884.

Para los hijos habidos fuera de matrimonio la ley establece lo siguiente: Si ambos progenitores han reconocido al menor de edad y viven juntos, ejercerán conjuntamente la patria potestad, como establece el artículo 415 del Código Civil para el Distrito Federal. Si sólo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla alguno de los padres que ha reconocido, la ejercerá el otro. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de tutor dativo.

Sobre los hijos reconocidos, cuando faltan los padres entrarán a ejercer la patria potestad, los abuelos pero en este caso sí se le otorga facultad al juez para que decida cuales ascendientes la ejercerán tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, según establece el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso del hijo adoptivo, la patria potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten como lo establece el artículo 419, del mencionado ordenamiento. La patria potestad sólo se transmite cuando se da en adopción un menor que está bajo la patria potestad. En el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten; cabe hacer la aclaración de que no habrá transmisión de la patria potestad, sino creación de la misma. A diferencia del Derecho francés, en el que la patria potestad no pertenece más que a los padres y jamás a los abuelos, a quienes empero, el hijo debe honrar y respetar, teniendo en cuenta que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, como lo establece el artículo 412 del Código Civil, para el Distrito Federal, así como también en los artículos 329 de la Ley de Relaciones Familiares y artículo 364 del Código Civil de 1884.

Existe diferencia del texto de este último de nuestra estructura jurídica actual. Ya que de acuerdo con él se ejercía la patria potestad exclusiva y sucesivamente por el padre, por la madre, por el abuelo paterno, por el abuelo materno, por la abuela paterna y por la abuela materna.

Del hijo nacido fuera de matrimonio: Cuando los dos progenitores lo han reconocido y estos viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observará, en su caso, lo dispuesto en los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal.

En los casos previstos en tales artículos: Cuando por cualquier circunstancias deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro, según artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta los intereses del hijo, según lo estipula el artículo 417 del Código Civil vigente.

Anteriormente, ejercían la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes citados en las fracciones II y III del artículo 414 arriba transcrito, pero este precepto se modificó refiriéndose así a falta de padre, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En cuanto al hijo adoptivo, la patria potestad sobre el menor, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten, como lo designa el artículo 419 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

2.- Pasivos

Por sujetos pasivos debemos entender que son los descendientes, menores de 18 años no emancipados. Ya que es sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple o recae la patria potestad.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad, ya que no existe patria potestad sobre los mayores de edad.

Según el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, menciona que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todos los sistemas religiosos, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así el decálogo cristiano señala en su cuarto mandamiento: Honrarás a tu padre y a tu madre. Este es un deber supremo de los hijos.

Es un deber del hijo o del menor de edad, no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente; ya que, el sujeto a patria potestad debe vivir en el lugar que les designen quienes la ejercen, que normalmente es la misma habitación de unos y otros.

Recordemos que los menores de edad tienen domicilio legal y éste es el lugar en donde viven los que ejercen la patria potestad o la tutela.

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos a patria potestad son los correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez, según artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal. Teniendo sus antecedentes en los artículos 246 de la Ley de Relaciones Familiares y artículo 373 del Código Civil de 1884.

Las relaciones familiares entre los padres e hijos son muy numerosas. Existe entre los padres y los hijos, como entre el marido y la mujer, una obligación alimentaria recíproca.

Cuando el hijo no recibe plena protección dentro de la familia por el funcionamiento de la patria potestad, la protección de que debe ser objeto la organiza el Estado fuera de la familia.

E. EFECTOS

1.- En cuanto a la persona del menor

En cuanto a los efectos de la persona del menor vamos a señalar que la autoridad que tienen el padre y la madre sobre los hijos se atribuye con el fin de criarlos y educarlos. Para que ésto sea posible tiene como efecto directo el surgimiento de una serie de deberes y facultades que recaen sobre los padres. Como son el cuidado, custodia, educación y corrección de los hijos, y representación; ya que cada uno de éstos están ligados íntimamente en conjunto y exige, a la vez, una obligación por parte del menor.

El deber de cuidado y custodia exige que el hijo no pueda dejar la casa de quienes la ejercen sin su permiso; el deber de educación y corrección exige la obediencia del menor, lo mismo que la facultad de la representación.

Estos deberes de los hijos no son derivados precisamente de la patria potestad, sino de la calidad de hijo, pues existen sin importar la edad, condición o estado de estos últimos, ya que efectivamente existe un deber moral que obliga a los hijos a respetar a su padre y madre.

El deber de educar y corregir ha sufrido una evolución significativa, ya que actualmente el Código Penal, para el Distrito Federal vigente, en su artículo 347 sanciona estas lesiones, excepto cuando se trata de golpes y violencias simples hechas en ejercicio el derecho de corrección. En el Código Civil, esta facultad de castigar se cambió por el deber de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

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

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

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

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

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

El ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin su autorización y tiene el derecho de corrección y castigo hacia el menor.

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre a los que ejercen la patria potestad. Por lo tanto, el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En este caso de irracional disenso, resolverá el juez, según establece el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal, esta última parte del artículo 424 transcrito se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho y deber de custodiar al menor, de vivir, con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero. La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.

La educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo, puesto que existe la obligación de proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Normalmente coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tienen que ser forzosamente en conjunto. En ciertas ocasiones, por ejemplo, el o los progenitores que

sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados sus recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos. Si existen otros parientes en el orden que señala la ley: abuelos, hermanos mayores, tíos, etc., con la suficiente capacidad para proporcionar los alimentos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello implique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y no tiene capacidad alimentaria.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva; el Código Civil vigente, señala escuetamente esta facultad en el artículo 423, estableciendo, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos. Dicho artículo, estipula hay que obligar a los que ejercen la patria potestad a observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo.

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevé los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos Locales de Tutela, para que éstos a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda, según artículo 422 del Código Civil vigente. Lo que corresponda será según el caso, amonestar o apercibir a quien no cumple esta obligación, por el juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios, según artículo 423 al final.

Podemos distinguir en cuanto a la persona del menor que la instrucción, es un desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida de relación, de la educación, que tiene un sentido más amplio y general, procurando el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas, incluyendo a la orientación que posee traduciendo en arribar a un desarrollo pleno de hijo como persona. El ingreso en órdenes religiosos o militares se encuentra sometido al requisito de la previa autorización paterna o a la subsidiaria venia judicial.

Se comprenden los derechos paternos de iniciar a los hijos en determinado culto religioso, el cual puede ejercitarse hasta la edad de dieciocho años, debiendo respetarse a partir de la misma la decisión del hijo, así como también el de controlar las amistades, prohibiendo

en su caso determinadas relaciones, si para los padres no son de su agrado o creen que no son buenas compañías. (37)

Antiguamente, como ha sido hasta ahora correspondía más o menos exclusivamente a la familia la función de protección de cada uno de sus miembros. La comunidad familiar se protegía a sí misma por la unión de sus componentes, no sólo contra los accidentes de la naturaleza y los animales feroces, sino también contra los hombres, puesto que le era preciso tomarse la justicia por su mano. Una de las formas de esta acción protectora en las sociedades primitivas era la venganza familiar u homicidio para saldar una deuda de sangre. Todos los miembros de la familia, con inclusión de los parientes que no vivían con ella, se sentían obligados a tomar venganza del ataque efectuado contra uno de sus componentes. En tales condiciones, es natural que cada familia procurase tener la mayor fuerza posible. Cuanto más hijos, especialmente si eran varones, mayor eficacia en la función protectora.

De todo lo que hemos visto, se desprende que los padres tienen una dirección general sobre la persona del hijo, quien queda obligado a vivir con ellos, lo cual viene a ser vigilar la correspondencia y las relaciones del hijo, elegir la manera de educarlo y transmitirle su religión.

La corrección está directamente vinculada o relacionada con la instrucción, ya que se encuentra en el derecho y el deber que tienen los padres de corregir o poder corregir moderadamente a sus hijos, esto quiere decir, que los padres podrán educar a los menores como mejor les convengan siempre y cuando sea de una mejor manera.

El artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal, hace mención del derecho paterno de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos, lo cual viene a ser una consecuencia lógica de la autoridad y el poder bajo las cuales éstos se encuentran, según lo establecido en el artículo 265 del mismo código.

Como otro punto hablaremos de la asistencia paterna que comprende los aspectos morales y materiales.

(37) C. f. r. D'Antonio, Daniel Hugo, *Patría Potestad*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, pág. 99 y 100.

En cuanto a la asistencia material se hace referencia a la obligación de alimentar a los hijos según la condición y fortuna de los padres, asimismo se precisan los alcances de este deber.

La obligación alimentaria es en el parentesco y no en la patria potestad, como se advierte con la subsistencia de este deber pese a enervarse la vigencia de la institución. La prestación alimentaria para el hijo menor cesa por haber éste contraído matrimonio sin autorización o por haber dejado la casa paterna sin la correspondiente licencia y que presenta dicho deber la característica de no exigir la acreditación de carencia de medios del solicitante, ya que es obligación de los hijos vivir con sus padres, se considera que con el hecho de dejar el hogar está dejando todos sus derechos.

Si el padre decide o los padres deciden que el hijo regrese a la casa de ellos, serán los que elijan, pero sino quieren el hijo puede ser ingresado a un lugar donde lo puedan cuidar y hacerlo una persona de bien, pero no con esto dejan los padres de ejercer la patria potestad.

La ley impone a los hijos determinadas conductas, lo cual hace aparecer supuestos de derechos paternos sin el correlativo aspecto de conductas específicamente exigibles, también, establece que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, dicho respeto no muestra estrictamente un contenido jurídico, pero si la obediencia, sobre la cual cabe interrogarse acerca de sus límites, impuestos rigurosamente por el propio bienestar del hijo, disponiendo que los hijos, aún emancipados, están obligados a cuidar a sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia o enfermedad, y a proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que le sean indispensables sus auxilios, extiende estos deberes en relación a los demás ascendientes legítimos.

Por otro lado, la ley autoriza a los padres a exigir que los hijos les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa; la jurisprudencia ha resuelto que los progenitores no pueden obligar a sus hijos a que les presten otros servicios que los propios de la edad.

El padre, por su muerte, ausencia o incapacidad, así como la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que están bajo su poder, y que habitan con ellos, legítimos o naturales. El problema no radica en la falta de los hijos, sino en

la de los propios padres, cuando los hijos cometen algún delito responden directamente. los padres sin necesidad de prueba de la culpa, ante la falta de discernimiento de sus hijos. la responsabilidad se perfila, indirecta, se extiende durante toda la minoridad y el damnificado está obligado a probar la culpa del menor en el hecho dañoso, entendiéndose con esto que cuando la patria potestad, es desplazada a terceros, cesa la responsabilidad de los padres sobre la vigilancia sobre los menores, pero la misma se mantiene si estaba al alcance de la esfera de actuación paterna impedir el daño. Ya que existen veces en que el padre pudo impedir que el menor no cometiera el error, y sin embargo, porque según el ya no lleva la patria potestad no hace nada.

Existe un derecho y un deber de representación del cual se encuentra investido el padre en ejercicio de la patria potestad. Los padres, sin intervención alguna de sus hijos, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato dentro de los límites de su administración.

Los padres estarán como actores cuando estén defendiendo al menor o a su hijo, en cambio si los padres o alguno de ellos, no cumple con lo que estipula la ley, como en casos de los bienes del menor, cuando el padre los malbarata o se quiere quedar con algo, estará siendo la parte demandada y se estará a lo dispuesto a la ley.

"La representación del hijo encuentra peculiaridades y excepciones como es en el caso del primer supuesto en donde la ley permite que sea el propio menor quien realice el acto, mas requiriendo la expresión del representante, lo cual tipifica al acto como complejo, plurisubjetivo y desigual por tratarse de situaciones en las que existe una voluntad principal, la del menor, y una inferior, la del representante".(38)

Entre estos actos que concreta el menor, con asistencia paterna, encontramos los siguientes:

(38) C. f. f. D'Amunoz, Daniel Hugo, *Patria Potestad*, Argentina, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1984, pag 268, 269

- Celebración de convenciones prenupciales, ya que el menor no puede decidir por sí mismo si se casa o no;
- Celebración de matrimonio, los padres deberán dar su consentimiento;
- Contrato de locación de servicios, trabajo o empleo público hasta la edad dieciocho años, mientras no sea mayor de edad no podrá elegir el sólo;
- Ingreso en órdenes religiosas o militares;
- Constitución de residencia separada;
- Ejercitar acción civil, para que una persona pueda ejercitar la acción civil debe tener capacidad de ejercicio, por lo tanto, sino tiene dieciocho años cumplidos sólo no podrá ejercitar la acción civil, únicamente con su representante;
- Otorgar mandato en proceso laboral, el padre decidirá quien pueda representar al menor en algunos casos.

Pero también se autoriza a realizar al menor por sí mismo algunos actos, sin requerir de asistencia alguna. Como podemos observar que así ocurre en las siguientes situaciones:

- Celebración de testamento, el menor puede celebrar su testamento ya que la ley no dispone edad o algún requisito personal;
- Reconocimiento de hijos extramatrimoniales, puesto que el menor esta en su libre albedrio de hacerlo;
- Defensa en sede penal;
- Aptitud procesal laboral;
- Aptitud procesal civil para estar en juicio por cuestiones vinculadas a bienes adquiridos con el trabajo;
- Celebración del contrato de trabajo y ejercicio profesional;
- Administración y disposición de bienes adquiridos con el trabajo;
- Adquisición de la posesión, de los diez años;
- Desempeño del mandato, aún por el impúber o sólo por el menor adulto;
- Celebración de microcontratos, aún por los menores impúberes;
- Concertación de depósito necesario;
- Otorgamiento de poder para celebrar matrimonio, mientras tengan el otorgamiento por escrito o verbal puede celebrar matrimonio;
- Ejercicio de la acción de disenso matrimonial;
- Solicitud de emancipación por habilitación del menor sujeto a tutela;

- Ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio;
- Requerimiento de rendición de cuentas al tutor, desde los 18 años de edad;
- Reclamo de suministros;
- Contraer obligaciones naturales y doctrina;
- Opciones sobre el apellido;
- Adquisición de dominio.

Respecto a la extensión temporal de la posibilidad de actuación del menor habrá de estarse a lo más beneficioso para el mismo. Pero en los supuestos donde no aparezca clara la excepción a la condición básica de incapacidad que tienen los hijos menores, la representación paterna funcionará plenamente.

Debemos recalcar que el derecho de los padres para ver y tratar a sus hijos, es un derecho natural que no puede ser objeto de convenio. Sería imposible establecer una prohibición a ese respecto, que sería incompatible con la ley natural. Cualquier convenio celebrado en contra de los arriba dichos es ilícito, aún cuando uno solo de los padres ejerza la patria potestad. Contra una resolución que pretendiera privar a quien ejerce la patria potestad de la custodia del menor, procede conceder la suspensión sin fianza para que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, sobre todo teniéndose en cuenta que se trata de saber si una notificación hecha por las tablas de avisos de la Sala fue o no constitucional.

El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo. Se trata pues, de un delito de querrela necesaria.

La instrucción que deben ver los padres que se le imparta al menor, les obliga hasta que éste alcance la edad fijada por la ley. La falta de cumplimiento de esta obligación puede acarrear consigo la pérdida de la patria potestad.

Si los padres tienen la obligación de velar porque sus hijos se instruyan, tienen el derecho y el deber de educarlos. La educación y la instrucción, están ligados íntima y necesariamente: la persona encargada de la instrucción de educar a sus hijos; por el contrario, este derecho es una prerrogativa esencial en los países que respetan la libertad individual, por

ejemplo, en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que establece, los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Nunca hay que confundir el derecho de infligir a los niños ligeros castigos corporales con el derecho calificado de derecho de corrección. Por donde quiera verse, se admite la costumbre que los padres tienen el derecho de castigar a sus hijos, para constreñirlos a apearse a su autoridad, pero a condición de que se trate de castigos sin gravedad, infligidos en el mismo interés del niño y de la familia. Cualquier abuso a este respecto habría de ser sancionado por la ley penal y por la pérdida de la patria potestad.

Resta únicamente a los padres el derecho de acudir al juez de lo familiar y a los consejeros y funcionarios de nuestro Consejo Tutelar para Menores, para solicitar de ellos auxilio y asistencia educativos.

Los padres deben pedir inmediatamente la asistencia del médico, de nuestras autoridades sanitarias, de los miembros de los juzgados familiares y del Consejo Tutelar, para luchar sin descanso contra esas terribles corruptelas, que pueden inclusive llegar a marcar al niño para toda su vida.

Los padres gozan de la prerrogativa de pedir auxilio, por lo que hace a la educación de los niños, a toda clase de personas de relieve, médicos pedagogos, educadores, sacerdotes y autoridades. Claro que habrá delitos del menor que hayan de perseguirse de oficio. Nuestras antiguas correccionales trataron siempre en esos casos graves de reencaminar al niño por el buen camino.

La ley insiste en que los padres tienen el derecho de corregir y castigar moderadamente a sus hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto, no estén emancipados, y autoriza a aquéllos para que, en apoyo de su potestad, pidan auxilio a la autoridad gubernativa, que deberá otorgarlo.

El papel de los padres en la educación de los niños es cada vez más importante y más difícil ante la desquiciadora crisis moral y el aumento de la criminalidad.

2.- En cuanto a los bienes del menor

Respecto a los bienes del hijo, mientras éste esté en la patria potestad se dividen en dos clases según el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 428:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título.

Esta clasificación no la encontramos en la Ley de Relaciones Familiares; en cambio el artículo 375 Código Civil de 1884, contenía una complicada división de los bienes del hijo en seis clases; pero en la fracción VI, sí se reconoce que puede haber bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere, el artículo 378 del Código Civil de 1884, en términos idénticos a los que utiliza hoy nuestro artículo 429 del Código Civil vigente, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

De la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo de ellos.

Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación, según artículos 431 y 432 del Código Civil para el Distrito Federal.

Puede deducirse, por lo tanto, que debe mantenerse como compensación, bien pequeña por cierto, de todos los sacrificios que los padres llevan a cabo por sus hijos.

El usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos es de naturaleza particular, por razón misma de la afectación familiar.

Los ingresos del menor quedan afectados, ante todo a su alimentación; los gastos de alimentación deben ser proporcionados a la fortuna del mismo. Por lo tanto, los padres no pueden conservar de los productos más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna.

No pueden los padres disponer del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, más que renunciándolo en favor del menor en los términos establecidos en el artículo 431 arriba transcrito.

Evidentemente, que si alguno de los padres llega a perder la patria potestad cesará automáticamente el usufructo establecido en su favor, el que por otra parte: Lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo segundo del título sexto y además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza fuera de los casos siguientes:

- I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos; según artículo 434 de nuestro Código Civil vigente.

En caso de Divorcio el derecho al usufructo queda perdido irremisiblemente para el cónyuge culpable, como una sanción que le alcanza por la falta que a él le es atribuida. El cónyuge inocente se beneficia del derecho de usufructo legal, aun cuando no tuviera a su hijo en custodia: cuando los dos esposos son culpables, el derecho de usufructo legal se extingue.

El derecho de usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

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 conforme a las instrucciones del artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal.

Hay que tener en cuenta cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la 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 expreso para los actos más importantes de la administración, según artículo 426 del Código Civil para el Distrito Federal; antes de esta reforma el administrador era siempre el varón.

La persona que ejerza la patria potestad representará también 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 requiera expresamente, como lo establece el artículo 427 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que debe gozar la persona que ejerza la patria potestad, artículo 433 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, según artículo 435, del mencionado ordenamiento.

Los efectos sobre los bienes del menor son dobles:

- a) Administración de los bienes del menor.
- b) Usufructo legal.

Respecto a la administración de los bienes del menor, tenemos que, tanto como a la administración como al usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor que pueden ser de dos clases:

- 1.- Bienes que adquiere por su trabajo:

Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna ingerencia.

- 2.- Bienes obtenidos por cualquier otro concepto.

Los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título (herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna), pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja

de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Como el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo 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 requiera expresamente.

Cuando exista un interés contrapuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a la misma, se les nombrará un tutor dativo a estos últimos, para que los represente en juicio.

Los que ejercen la administración tienen la obligación de dar cuentas de la misma; la ley no señala plazo para esta obligación, por ello debe entenderse que se pedirá a petición de parte interesada, y siempre, al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Una vez que los hijos se emancipen, es decir, cuando contraen matrimonio antes de la mayoría de edad, o cuando alcanzan la misma, los que ejercen la patria potestad les entregarán todos los bienes y los frutos que les pertenezcan.

b) Usufructo Legal.

El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenece por mitades al menor y a los que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos obtienen bienes por herencia, legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca únicamente al hijo o que se destine a su fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los réditos o rentas, que produzcan esa clase de bienes antes de que se inicie la patria potestad, pertenecerán al menor.

Como los que ejercen la patria potestad, son normalmente los mismos obligados a dar alimentos a sus hijos menores, el importe de dichos alimentos se deducirá de la mitad del

usufructo a que tienen derecho los primeros, y si esta parte no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título hacer un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para el objeto para el que están destinadas, devolverlos cuando se extinga el derecho, etc. Se exceptúa el deber de otorgar fianza pues el legislador concede crédito a los que ejercen la patria potestad, ya sean los padres o abuelos, por la justificada suposición de que a estas personas les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio. Sin embargo, la ley exige que se otorgue garantía en los tres siguientes casos:

- Puede renunciarse al derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, la renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, lo del nieto, se considerará como donación.

- El derecho al usufructo se extingue paralelamente a la extinción del ejercicio de la patria potestad, o en el caso de renuncia del mismo que acabamos de señalar.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administran y usufructúan los bienes del menor, por lo tanto, lo representan en toda clase de actos jurídicos, dentro y fuera de juicio, ésta facultad se ejerce en razón de que el menor no puede por sí mismo disponer de sus bienes.

La administración y el usufructo, no comprenden los bienes adquiridos por otra causa distinta como son la herencia, donación, legado, etc.; ya que dichos bienes le pertenecen al menor, tanto, la propiedad de los mismos, como la mitad del usufructo, a menos que el autor de la herencia, donación o legado haya dispuesto que el menor disfrute totalmente del usufructo.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, como ya se mencionó anteriormente nuestro Código Civil, los clasifica en bienes que el menor adquiere por su trabajo, y bienes que el menor adquiere por otro título.

En lo que corresponde a los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponde al menor y la otra a quien ejerce la patria potestad; esto es lo que se conoce como usufructo legal. En este caso, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes excepto dar fianza, a no ser que por cualquier causa pongan en peligro los bienes del menor.

También, están privados de usufructo legal en el caso de que los bienes provengan de herencia o donación, y el testador o donador así lo disponga.

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

La patria potestad precipita sus efectos también en relación con el aspecto patrimonial relacionado con los hijos, en donde la representación y la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos, no puede negarse la presencia de elementos netamente patrimoniales.

La ley, tipifica a la administración y al usufructo como derecho y deber, directamente relacionados con los bienes filiales, lo cual autoriza a un tratamiento específico.

La administración de los bienes del menor está establecida en el padre que es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aún de aquéllos bienes de que no tenga el usufructo.

La administración de los bienes compete al padre en ejercicio de la patria potestad, aplicándose en subsidio las reglas del mandato.

Los alcances de la administración paterna han sido debidamente determinados por la jurisprudencia expresando que si su propósito es mantener el capital de los menores, para entregarlos a la libre administración de ellos al término de su incapacidad en el ejercicio.

Se encuentran excluidos de la administración paterna los bienes donados o dejados por testamento a los hijos bajo tal condición y los adquiridos por el menor con su trabajo, profesión o industria.

A dichos supuestos caben agregar que priva de los derechos del usufructo y administración al desheredado, respecto de los bienes que sus descendientes reciban por representación.

También la ley establece que en los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio.

La esfera de actuación paterna comprende todos los actos típicos de administración, lo cual importa autorizar los actos conservatorios y sus asimilados tendientes a mantener protegido el capital de los menores.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, ha consagrado prohibiciones para actos con vigencia en la propia relación paterno filial. Ellas son las de contratar, en donde se admiten las excepciones de constitución de sociedades civiles y comerciales y la de donación; también aquella en la que el padre se constituya en cesionario de créditos, derechos o acciones contra su hijo y haga remisión voluntaria de los derechos de sus hijos, o los obligue como fiadores de ellos o de terceros.

Ahora bien, la administración paterna concluye por los mismos motivos que hacen finalizar la vigencia de la patria potestad; pero además, cabe señalar que el Código Civil contempla situaciones en las que el padre es apartado de la administración, ocurriéndolo cuando la misma haya sido ruinosa o llevada con ineptitud probada, o cuando el padre haya caído en insolvencia, en donde el padre insolvente podrá continuar su administración si diera una fianza o hipotecas suficientes, puesto que cuando el padre ha perdido la administración de los bienes del menor, en su caso, se le designará un tutor especial.

El padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, debiendo extenderse este derecho a todos los progenitores, excepto los extramatrimoniales declarados judicialmente, pues, se encuentran privados del mismo.

La titularidad corresponde a ambos progenitores, la doctrina ubica al usufructo como derecho de carácter ganancial.

Los bienes adquiridos por los hijos por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos, por su trabajo o industria, por casos fortuitos y los heredados con motivo de la incapacidad del padre, se encuentran excluidos del usufructo, así como los bienes adquiridos por los hijos a través de herencia, donación o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.

El usufructo paterno muestra como principal característica la de estar afectado a las cargas reales impuestas, las cuales son:

- a. Las propias de todo usufructuario;
- b. Gastos de subsistencia y educación de los hijos;
- c. Pago de intereses; y
- d. Gastos de enfermedad y entierro del hijo y de quien lo hubiera instituido heredero.

El derecho a percibir los frutos civiles emergentes del usufructo se encuentra supeditado al cumplimiento de estas cargas.

Los padres adquieren la propiedad de las rentas de los bienes de sus hijos de lo que exceda una vez satisfechas tales cargas.

El usufructo termina con la extinción de la patria potestad y se encuentra sujeto en su vigencia a las modalidades legalmente impuestas a la institución. Pero el padre demente, pese a encontrarse sujeto a la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, conserva el usufructo.

3.- Intervención Judicial

Los que ejercen la patria potestad, como simples administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo. Solamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrán realizar estos actos con previa autorización judicial. Cuando esta autorización sea concedida, el juez deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se

destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor; a este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Otras limitaciones, son que no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; no podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor, no pueden dar fianza en representación de los bienes del hijo.

Con respecto a todas estas limitaciones que tienen los que ejercen la administración en el ejercicio de la patria potestad, la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si ya se tiene catorce años, con intervención del Ministerio Público, en todo caso, a recurrir al juez competente para impedir que, por la mala administración, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

La administración, también es una facultad limitada en sí misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del hijo, pues atentaría contra el principio de conservación de dichos bienes que impera en este instituto. Cuando sea de absoluta necesidad o evidente beneficio para el hijo la disposición de ciertos bienes, el ascendiente que ejerce la patria potestad deberá solicitar autorización al juez de lo familiar para la ejecución de los actos tendientes a ello y será en este momento cuando se demuestren los extremos de necesidad o beneficio a que se hace referencia la ley. El juzgador está obligado, además, a cuidar que el producto de la disposición de los bienes se inviertan en favor del menor.

Quien ejerza la patria potestad debe ser buen padre de familia, bajo cuyo criterio se evalúa la gestión de los bienes del menor; esto significa la buena fe y aplicación que se tiene en la administración y representación como efectos de la patria potestad y que justifica la interpretación de los artículos 430, 441 y 442 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el sentido de que es posible exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados al hijo por la mala administración o abuso en la representación.

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar, ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, con previa la autorización del juez competente, establecido en el artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tampoco podrán celebrar donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los bienes de éste; ni dar fianza en representación de los hijos, como lo establece el artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal.

Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial, según lo establece el artículo 437 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, como lo establece el artículo 439 del Código Civil vigente. Hay que señalar que la Ley de Relaciones Familiares limita dicha obligación, que a los bienes y frutos que no les pertenezcan, en cambio, el artículo 385 del Código Civil de 1884, establecía que, los padres no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes de que fueron únicamente administradores.

En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso, según establece el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal; cuyos antecedentes están en el artículo 256 de la Ley de Relaciones Familiares y en el artículo 387 del Código Civil de 1884.

Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público en todo caso, artículo 441 del Código Civil para el Distrito Federal; cuyos antecedentes, se encuentran en el artículo 258 de

la Ley de Relaciones Familiares. Cabe hacer la aclaración de que en el Código Civil de 1884 nada se decía al respecto.

Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen, establecido en el artículo 442, que la Ley de Relaciones Familiares no creyó prudente insertar, pero sí está comprendida en el Código de 1884, artículo 386.

La disposición del dinero de los menores, que la jurisprudencia somete a la previa autorización judicial y la enajenación de ganados de cualquier clase.

En cuanto a los arrendamientos de bienes de los hijos, se dispone que llevan implícita la condición de que acabarán cuando concluya la patria potestad.

F.- EXTINCION, SUSPENSION, PERDIDA

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva, ya sea por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad; en éste último caso, se extingue totalmente para el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley, como cualquiera de los padres o abuelos que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.

Para el desarrollo de este apartado seguiremos el criterio establecido por el Maestro Rafael De Pina, en cuanto a la distinción entre los términos: acabar, perder y suspender en relación a la patria potestad: "La patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación; y se suspende cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce o por haber sido sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión". (39)

(39) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa, 1989, décima sexta edición, pág. 381

Extinción

De acuerdo con el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal y la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 259 establecen:

La patria potestad se extingue:

- 1.- Con la muerte del que la ejerce, si ya no hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- Con la emancipación derivada de matrimonio.
- 3.- Por mayoría de edad del hijo.

Al respecto mencionaremos que la patria potestad encuentra natural feneamiento de los padres o de los hijos, supuesto al cual cabe asimilar la muerte presunta atento a los efectos que derivan de la respectiva declaración; así como con la mayoría de edad, pues es en tal oportunidad cuando se agota la finalidad temporalmente fijada.

La emancipación legal determina también la extinción de la institución consecuencia rigurosa del cese de toda incapacidad como regla general, pero para el cónyuge menor del matrimonio putativo, la emancipación queda sin efecto si ha sido de mala fe, con lo cual la patria potestad no se extinguirá.

Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad: los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o en forma unitaria alguno de ellos, cuando ya no exista ninguna de estas seis personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo un menor de edad. En este caso, se le nombrará un tutor.

La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

La mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Si la persona llega a la mayoría de edad está dentro de las circunstancias que señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, como determinantes de la incapacidad

de las personas, tendrá que sujetársele a un juicio de interdicción en el que, por sentencia que cause ejecutoria, se le declare incapaz y, derivada de la misma se le proveerá de tutor.

El código se ocupa de reglamentar la extinción del derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad.

Ya que la extinción siempre va a tener lugar por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad los hijos, por la pérdida de la patria potestad, por renuncia de la patria potestad.

En Francia se establece que en caso de disolución de la sociedad legal, como consecuencia de la muerte de alguno de los cónyuges, el supérstite debe hacer un inventario de los bienes para proteger los intereses de los herederos del difunto. De no hacerlo, pierde el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos, es la sanción que recibe.

La comisión de reforma del Código Civil, se pronunció por la desaparición del derecho de usufructo legal, precisando empero que el padre puede tomar de preferencia sobre los bienes del hijo, las sumas necesarias para su alimentación, y mantener en vigor el usufructo de los padres.

La patria potestad debe ser ejercitada, y debe servir para la protección del niño y de la familia, pero desafortunadamente muchos padres no responden a los deseos del legislador y desnaturalizan la institución de la patria potestad, ejerciéndola mal o desviándola de su papel natural, lo que ha obligado al legislador a intervenir en favor de la infancia desventurada.

Con respecto a la fracción primera podemos decir que con la muerte se extingue la relación parental siempre que no haya otra persona en quien recaiga el ejercicio de la patria potestad, pues de lo contrario pasará al ascendiente que sobreviva, si acaso no existiese ninguno el menor no queda desprotegido pues se le nombrará un tutor. Como vemos, estamos en presencia de un caso en el cual se extingue una institución jurídica para dar nacimiento a otra.

De la fracción segunda comentaremos que la emancipación se dá como consecuencia del matrimonio que modifica la capacidad del menor, misma que fue previamente

evaluada, ya que para que el menor pudiese casarse obtuvo previamente el consentimiento de quienes ejercitan la patria potestad o en su defecto de la autoridad correspondiente.

Respecto a la tercera fracción, podemos señalar que por el hecho de que el hijo cumpla los dieciocho años, se extingue la patria potestad pero sin perjuicio de la obligación impuesta por el artículo 411, en el sentido de honrar y respetar a sus padres, cualesquiera que sea su edad o estado.

Cabe señalar que también subsisten las obligaciones que se derivan del parentesco, especialmente la que se refiere a los alimentos.

Pérdida

La patria potestad se pierde según lo estipula el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal como sigue:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o el abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos;
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que lo dejen abandonado más de seis meses.

Esto quiere decir, que se trata de inconductas paternas que pueden subsumirse en la situación grave de abandono en que es colocado el hijo.

La conducta delictiva, debe tratarse de delito doloso, pudiendo ser contra la persona o los bienes del menor, siendo necesario que haya recaído sentencia penal condenatoria.

La pérdida de la patria potestad tiene como nota distintiva que el apartamiento del progenitor respecto del complejo funcional de derechos-deberes adquiere carácter definitivo e irrevocable.

Esta solución, congruentes con la gravedad de la inconducta paterna, responde a una interpretación jurisprudencial, en tanto la ley nada dispone al respecto.

Se puede inferir la intención legal de la circunstancia de no haberse contemplado la revisión para el caso de pérdida de la patria potestad, cuando sí, se lo hace en los supuestos de privación de su ejercicio y suspensión del mismo.

El padre o la madre que haya sido condenado por delito grave o que haya sido objeto de varias condenas que demuestren se trata de un delincuente profesional o peligroso, pierde el ejercicio de la patria potestad.

Cabe agregar la especie de la inhabilitación que se impone por ejercicio abusivo de la patria potestad y la accesoria contemplada para los penados con prisión o reclusión por más de tres años.

El menor habilitado que ejercía la patria potestad sobre su hijo extramatrimonial quedará privado del ejercicio si se revoca la emancipación.

La privación del ejercicio de la patria potestad es esencialmente temporaria y los padres podrán solicitar que la medida se deje sin efecto transcurridos dos años de la resolución definitiva, si probasen que se hallan en situación de ejercer cabalmente sus deberes.

Las causas del artículo 444 del Código Civil vigente, bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos.

El divorcio debe tener sus consecuencias con respecto a las personas de los cónyuges y, aunque indirectamente repercute en los hijos, la ley no debe involucrarlos con la pérdida de la patria potestad de uno de sus progenitores.

La patria potestad se pierde sólo por sentencia, la que puede ser dictada:

1. En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.
2. En juicio civil de divorcio cuando, a juicio del juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

La pérdida de la patria potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, de forma especial la de proporcionarles alimentos.

Es un gran acierto de nuestra legislación vigente, el que ya no se sancione con la pérdida de la patria potestad a la madre o abuela que pasen a segundas nupcias, artículo 455 de nuestro Código Civil vigente, ya que sin restricción alguna en éste sentido estas personas pueden iniciar por la formación de una nueva familia a lo cual tienen derecho.

En cambio el artículo 446 del mismo ordenamiento, así como la Ley de Relaciones Familiares, insisten en señalar, que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, cuando ésta prohibición debería tratarse en forma genérica, especificando que el nuevo cónyuge en ningún caso podrá ejercer la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Suspensión

El ejercicio de la patria potestad queda suspendido en ausencia de los padres ignorándose su paradero, y por incapacidad mental, en tanto dure la ausencia o la incapacidad. Los jueces pueden suspender el ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre tratasen a sus hijos, sin motivo, con excesiva dureza; si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria,

inconducta notoria o negligencia grave, comprometiesen la salud, seguridad o moralidad de los hijos, esa suspensión puede durar desde un mes hasta que el hijo menor llegue a la mayor edad.

La suspensión posibilita que los padres soliciten que la medida sea dejada sin efecto si hubiesen transcurrido dos años, probando que se hallan en situación de cumplir convenientemente sus obligaciones. Pero en el caso de demencia la rehabilitación correrá aparejada a la recuperación del insano y, en los demás supuestos, siempre habrá que mostrar que terminaron los motivos que originaran la medida.

Si el que la ejerce la patria potestad está inhabilitado y no se encuentra en condiciones de ejercer la patria potestad, y respectiva sentencia, suspenderá al padre el ejercicio de la misma, de pleno derecho.

El abandono del hijo por parte del padre o la madre no está limitado al caso de la exposición y al abandono penado por delito, ya que tiene el sentido de la abjudicación total de los deberes de la crianza, alimentación y educación que impone a los padres el artículo 265 del Código Civil para el Distrito Federal.

El fallo que decreta la pérdida de la patria potestad no es revisible en el futuro, quedando ésta como definitiva, lo cual constituye la diferencia fundamental entre la pérdida de la patria potestad propiamente dicha y la solo pérdida de su ejercicio.

Atento a la gravedad de la sanción que implica la pérdida de la patria potestad se requiere un procedimiento contradictorio para declararla, a fin de asegurar su defensa en juicio.

En cuanto a la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales. Los hijos naturales están sometidos a la patria potestad de su padre y madre, según artículo 328 del Código Civil vigente, en cambio a los padres adulterinos, incestuosos o sacrílegos se les negó la patria potestad, en la norma del artículo 344 del mismo Código. La patria potestad les fue reconocida en forma clara y terminante a los padres y/o madre naturales.

Los deberes inherentes a la patria potestad son extensivos a los progenitores de los hijos nacidos fuera del matrimonio durante todo el término de la minoridad. En cuanto a los

derechos de los padres dentro del supuesto del artículo precedente, quedan circunscritos a la prestación alimentaria y al usufructo, si mediase reconocimiento espontáneo.

La primera impresión es que los padres extramatrimoniales sólo serían titulares de deberes.

La prestación alimentaria y el usufructo legal y ambos sujetos a la existencia de una condición, que los padres hayan reconocido voluntariamente a esos hijos.

La patria potestad como conjunto de derechos y deberes, cuya titularidad, potencialidad y ejercicio corresponde a los padres que han reconocido voluntariamente al hijo, cumpliéndose éstos así con el más elemental de los derechos y deberes de la paternidad.

La patria potestad y los derechos emergentes de ésta sólo serían para los padres la prestación alimentaria por parte de esos hijos y el usufructo legal de los mismos, en caso de reconocimiento voluntario, esto se refiere, lisa y llanamente a los derechos personales, que les corresponden a tales padres. Es evidente que el padre extramatrimonial no puede ostentar jamás una mejor situación que el padre legítimo. Y tanto al padre legítimo como al no legítimo, le corresponde los gastos de subsistencia y educación de los hijos. Puesto que el padre y la madre tiene sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos.

El padre y la madre tienen el deber de criar a sus hijos naturales, proveer a su educación, darles la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión u oficio: pero en los casos en que el interés de los hijos lo demande, los jueces podrán ordenar que la educación del hijo no sea confiada al padre sino a la madre, o a un tercero a costa de los padres. Los derechos y obligaciones de los padres resultaran de las disposiciones legales vigentes modificadas de la siguiente ley.

Queda la patria potestad en la ley de adopción, donde los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

Según el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la suspensión de la patria potestad puede ser por tres causas y que puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la patria potestad:

- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente. El que la ejerce tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de que quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, el menor necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.
- 2.- Por la ausencia declarada en forma. La razón es obvia, si el que debe custodiar, representar, etc., se le declara ausente, es decir, no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyéndolo de la patria potestad.
- 3.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones; en éste caso como sanción temporal se le condenará a la suspensión de la patria potestad.

Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado: el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa, y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

El primer derecho que tiene la infancia es a nutrirse, y la nutrición es todavía relativamente una nueva ciencia, cuyos especialistas deben ser clasificados en una clase distinta de las otras: los hallamos diseminados por todo el mundo en los ministerios de salubridad, y menos en aquéllos que se dedican a planeación y agricultura, aún cuando el problema es capital y sustancialmente de planeación de la agricultura.

Naturalmente, muchos padres se muestran indignos de la confianza en ellos depositada por la ley y maltratan o abandonan a sus hijos, los especializa en el robo, convirtiéndolos en precoces raterillos, o los enseñan a mendigar.

La patria potestad puede acabar, puede perderse o simplemente suspenderse: pero jamás es renunciabile, ya que "las personas que deben ejercer la patria potestad no pueden

renunciar a ello, pero podrán excusarse por los motivos enunciados en el artículo 448 del Código Civil vigente y que enseguida presentaremos:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos:

II. Cuando por su mal estado de salud habitual no puedan atender debidamente a su desempeño." (40)

El artículo anterior no lo contempla la Ley de Relaciones Familiares, ni tampoco el Código Civil de 1884.

Cuando por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes y se derrochen o se disminuyan, las medidas pertinentes se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público en todo caso, artículo 441 del Código Civil para el Distrito Federal, teniendo sus antecedentes en el artículo 258 de la Ley de Relaciones Familiares. Mientras que en el Código de 1884 nada se dice al respecto.

Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen, según artículo 442 de nuestro Código Civil vigente, la Ley de Relaciones Familiares, no creyó prudente insertar este párrafo, pero sí está comprendida en el Código Civil de 1884 en su artículo 386.

El ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal, según artículo 413 del Código Civil.

Ya anteriormente, se deja indicado que el ejercicio de la patria potestad

(40) Ramírez Valenzuela, Alejandro, Derecho Civil, México, Editorial L.I.M.U.S.A., 1984, pág. 52

puede ser suspendido a uno de los padres o ambos. También uno de ellos o los dos pueden ser privados de la patria potestad, ambas decisiones, como son suspensión o privación deberán ser adoptadas por los Tribunales.

Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar de la patria potestad a ambos padres o a uno de ellos, o suspenderles el ejercicio de ella, mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro padre o del fiscal. Este proceso puede promoverse cuando uno o ambos padres:

- Incumplan los deberes que se dejan expuestos anteriormente en el contenido de la patria potestad, o;
- Induzcan al hijo a ejecutar algún delito;
- Abandonen el territorio nacional y por tanto a sus hijos, u observaren una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad, o, por último;
- Cometan delito contra la persona del hijo.

Debe recordarse, que la privación o la suspensión de la patria potestad, no exime a los padres de la obligación de dar alimentos a sus hijos; sin embargo, el padre afectado por la sentencia o el juez, podrán instar mediante el trámite de los incidentes en las propias actuaciones, el cese de la suspensión, que quede claro, más de la privación de la patria potestad, así como la modificación de cualquiera otra de las medidas mencionadas, cuando hayan variado las circunstancias que justifiquen su adopción.

Ambos padres, o uno de ellos perderán la patria potestad sobre sus hijos, cuando por sentencia firme de divorcio o de nulidad de matrimonio se le atribuya a uno solo de los padres o expresamente se les prive de ella a ambos padres o la pérdida se le imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal.

Así como también cuando el tribunal de lo penal suspenda a ambos padres o a uno de ellos el ejercicio de la patria potestad, el otro padre, o en su caso el juez, vienen obligados, a promover el procedimiento correspondiente ante los tribunales civiles para que éstos resuelvan sobre la guarda y cuidado de los hijos o pensión alimenticia y el régimen de comunicación entre padres e hijos.

Claro está que la incapacidad o la ausencia de uno o de ambos padres, declarada judicialmente comporta la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

La misma se extingue por la muerte de los padres o del hijo; por arribar el hijo a la mayoría de edad (18 años); por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad (emancipación) y por la adopción del hijo, en que la patria potestad se traspasa o se reconoce al padre adoptante.

Finalmente, diremos que la patria potestad puede suspenderse en los casos en los que quien debe desempeñarla caiga en estado de interdicción, se le declare ausente, o por sentencia se le prive temporalmente de su ejercicio.

Como nos hemos dado cuenta la primera fracción se refiere a personas que se encuentran en estado de interdicción declarada por el juez debido a que las mismas están privadas de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad aún cuando tengan intervalos lúcidos, también porque sean sordomudos, que no sepan leer o escribir; también por ser ebrios consuetudinarios o por tener la costumbre de hacer uso de drogas enervantes.

Los menores que se lleguen a encontrar bajo la patria potestad de un interdicto, serán puestos bajo el ascendiente que corresponda conforme a la ley, y si no lo hubiese, se les nombrará un tutor. Una vez rehabilitado el incapacitado podrá volver a ejercer la patria potestad de la que había sido suspendida, debiendo de terminar la rehabilitación la autoridad correspondiente.

En cuanto a la declaración de ausencia de que se trata la fracción segunda de dicho artículo, haremos los siguientes comentarios:

Por principio debemos dar por entendido que ausencia es cuando no se tiene ninguna noticia de la existencia o paradero de una persona. La legislación vigente considera tres períodos en la ausencia "El primero conocido como presunción de ausencia, que se inicia a partir de la desaparición de la persona y dura dos años cuando el ausente no dejó apoderado y tres cuando lo hizo. El segundo período corresponde a la declaración formal de ausencia y que se inicia una vez que han cumplido cualquiera de los dos plazos señalados en la presunción de muerte declarada a los seis años después de haberse dado la declaración formal de la ausencia.

Todo esto viene a colación porque la fracción segunda que estamos tratando, señala que la suspensión sólo se dará cuando la ausencia ha sido declarada en forma y ésta, como vimos se dá en el segundo periodo. Es aquí cuando uno se plantea si es necesario esperar dos o tres años para definir el ejercicio del poder paternal: al respecto me permito opinar que al menos en ningún momento queda desprotegido, pues de inmediato queda bajo la patria potestad del ascendiente a quien corresponde conforme a la ley, pero si no lo hubiese, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 651 del Código Civil Vigente, debe pedir que se le nombre al menor un tutor provisional, fundamentándose en los artículos 496 y 497 del mismo código.

La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto al 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 naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

Sobre la tercera fracción que señala la suspensión de la patria potestad por sentencia condenatoria que imponga como pena esta sanción podemos afirmar que es una disposición que viene a ratificar los puntos resolutivos de sentencias tanto del orden civil como penal, sobre todo cuando se trata de delitos de poca gravedad o que revelan algo de perversión por parte del que la ejerce el poder paternal y que lo hacen indigno de esa facultad. También puede darse la suspensión cuando no se cumpla debidamente con las obligaciones que impone ese deber.

CAPITULO III

LA FALTA DE SOLVENCIA ECONOMICA Y MORAL COMO CAUSA DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

A.- ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL

Vimos que la extinción de la patria potestad afecta directamente al poder paternal, puesto que una vez que éste se acaba, la persona sujeta a él adquiere el dominio de sí mismo así como de sus bienes, por el hecho de haber llegado a la mayoría de edad o por haber sido emancipado, únicamente en el caso de ser adoptado, ésto implicaría caer ahora bajo la potestad de su adoptante.

En cuanto al artículo 444 del Código Civil Vigente, que establece la pérdida de la patria potestad, observaremos que la patria potestad sólo afecta el ejercicio de la misma con relación a la persona que la detenta, porque este derecho seguirá existiendo en la persona que se designe para su aplicación. Dicho artículo antes mencionado, contempla cuatro fracciones refiriéndose a los casos en que se pierde dicha patria potestad.

Siguiendo a Ricardo Couto, (41) "diremos que la pérdida de la patria potestad supone que de un modo definitivo deja de permanecer a una persona, sin que la pérdida implique una extinción de aquel derecho más que con relación a la persona que lo ha perdido.

(41) Couto Ricardo, Derecho Civil Mexicano, tomo II, pág. 341

Nuestro Código Civil vigente, hace una ampliación de las causas por las que se puede sancionar a los padres o ascendientes del menor con la pérdida de la patria potestad con respecto al Código Civil, antes mencionado.

Analizaremos las causas de la pérdida de la patria potestad en la forma en que nuestro Código Civil vigente lo señala en su artículo 444 y que doctrinalmente estipula:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que lo dejen abandonado más de seis meses.

Sin dejar de considerar que los preceptos que regulan la pérdida de la patria potestad tienen una intervención constante de la moral, ya que las causas que traen consigo la pérdida de ese derecho son de carácter ético tendientes a la protección del menor.

Debemos de señalar que la fracción primera del artículo 444, se refiere a aquellos actos cometidos por los padres, que sean considerados como delitos y que además la sanción penal correspondiente se les impone la pérdida de la patria potestad, ahora bien, cuando el acto cometido por el que ejerce la patria potestad no acarree la pérdida del poder paternal, se necesitará para que esto suceda, que su naturaleza sea grave o que se haya cometido varias veces, dos o más.

Sobre esto último podríamos agregar, que aunque jurídicamente no existe una clasificación de los delitos en cuanto a la gravedad de los mismos, creo que en este caso el legislador se refiere a aquellos en que se manifiesta la intención de ocasionar perjuicios en la persona, honor o bienes del ofendido.

Es conveniente aclarar que la sanción en ocasiones únicamente impone ciertas restricciones al ejercicio de la patria potestad y a ellas nos debemos sujetar para concluir cuales derechos y a quienes abarca la pérdida de la patria potestad. Cuando la pérdida es absoluta, se entiende que incluye a todos los hijos del padre o ascendiente sancionado, inclusive a hijos de matrimonios ulteriores.

Esta causa de pérdida de la patria potestad tiene íntima relación con el derecho Penal, ya que entre las penas establecidas para los que cometen el delito de corrupción de menores así como para los que emplean o permiten que laboren menores de edad en cantinas o centros de vicios, máxime si los sujetos activos de estos delitos son ascendientes padrastros o madrastras del menor, condenándolos además de la pena corporal a que se hayan hecho acreedores a la privación de todo derecho a los bienes del menor ofendido y a la pérdida de la patria potestad sobre todos sus descendientes de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 203 del Código Penal para el Distrito Federal y se equipara delito penal el abandono de persona tipicada.

También en el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal, hay disposición expresa respecto del 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, si el delincuente fuere ascendiente del ofendido.

En el artículo 336 del ordenamiento penal ya señalado nos dice que al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia; así mismo dispone en su artículo 343 del Código Penal, citado que los ascendientes o tutores, que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad perderán por ese solo hecho, los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

Es conveniente señalar también que en su artículo 294 nuestro Código Penal vigente, permite a los padres el derecho de corrección señalando que las lesiones no pongan en peligro la vida ni tarden en sanar más de quince días, además de que no haya crueldad o con innecesaria frecuencia en el ejercicio de éste derecho en cualquier otro caso como nos lo señala

el artículo 295 del Código Penal, se impondrá al delincuente la sanción que corresponde y quedará además privado de la patria potestad en virtud de la cual tenga derecho de corrección.

La segunda parte de la fracción I del artículo 444 que comentamos, castiga con la pérdida de la patria potestad al que haya sido condenado dos o más veces por delitos graves, situación ésta que no se refiere propiamente a delitos que tengan relación con el menor sujeto a patria potestad, sino que éstos delitos pueden ser completamente independientes y ajenos a él; pero el mal ejemplo que con la comisión de tales delitos dan a los ascendientes a los menores pueden causar a ellos desequilibrio emocionales y psicológicos, resultando por lo tanto, un perjuicio para los mismos, por lo que respecta a ésta conducta nociva debemos de considerar como delito grave a aquel que tenga como sanción la privación de la libertad del inculcado, y que esta penalidad sea tan alta que nos alcance el beneficio de la condena condicional, así como también que el delito cometido sea intencional.

Respecto a la fracción segunda con relación al artículo 283 podemos decir, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, es el juez quien resuelve sobre la pérdida, suspensión o limitación al ejercicio de la patria potestad. Para tal efecto el artículo 283 vigente dice:

"Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en lo especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso o designar tutor".

El artículo 283 del Código Civil vigente al que nos remite éste precepto, nos señala las reglas en que se fijará la situación de los hijos en los casos de divorcio según las causales del mismo señaladas por el artículo 267 de éste ordenamiento, por lo que debemos estudiar a la luz de éste último precepto citado, ésta causal de la pérdida de la patria potestad.

El artículo 267, nos señala cuáles son las causas de divorcio, las cuales estudiaremos a efecto de ver, cuáles de ellas y porqué motivos son causa de que se pierda la patria potestad y por quienes en el caso de la disolución del matrimonio; así tenemos que para

dicha clasificación, es necesario mencionar lo que nos dice el maestro Rafael Rogina Villegas, respecto a la clasificación de las causas de divorcio. Pero referidas al Código Civil vigente, no haremos una enumeración porque no tiene objeto como lo hace el artículo 267 de dicho Código, en virtud de que en el mismo no se sigue un criterio sistemático. Además es difícil retener en la memoria estas causas, si no se lleva a cabo una clasificación, agrupándolas por especies, a efecto de distinguir:

1. Las que impliquen delitos,
2. Las que constituyen hechos inmorales,
3. Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen al incumplimiento de obligaciones cónyugales,
4. Determinados vicios,
5. Ciertas enfermedades.

Por lo que toca a los delitos, están comprendidos en las fracciones I, IV, V, XI, XIII, XIV, y XVI, del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente. Las enfermedades en las fracciones VI, VII, y los vicios en la fracción XV. (42)

Los hechos contrarios al estado matrimonial, están previstos en las fracciones VII, IX, X, y XII.

Es también oportuno de señalar que el Profesor Francisco Consentini, hace una clasificación de las causas de divorcio en cinco grandes grupos que son los siguientes: Causas criminológicas, causas simplemente culposas, causas eugénicas objetivas e inculpables y causas indeterminadas. (43)

(42) c.f.f. Rogina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, Editorial Robledo, 1963, tomo I, pág. 36

(43) c.f.f. Fernández Ciergo Luis, El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México, Editorial Hispanoamericana, S. de R.L., México, pág. 136 y 137

Las anteriores clasificaciones nos señalan las causas de divorcio desde un punto de vista general; pero para el objeto de nuestro estudio, es necesario analizarlas a la luz de la institución jurídica patria potestad, o sea con relación a los efectos definitivos del juicio de divorcio respecto a los hijos y de éstos efectos lo que interesa concretamente al motivo, del presente trabajo o sea lo correspondiente a los efectos de divorcio en cuanto a la patria potestad por lo que hemos de apuntar como lo hace el maestro Rogina Villegas, que los efectos del divorcio en cuanto a la patria potestad son los siguientes: (44)

El principio general reconocido en todos los Códigos Civiles, que admiten el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al cónyuge que se declare inocente. Asimismo, cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica, contagiosa o hereditaria, coinciden los códigos que reconocen ésta causal, en conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derecho que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiera contagiar a sus hijos a través de la convivencia del trato continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es sólo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades, se mantienen éstas para el cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de administrar alimentos para sus hijos, de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos en que se requiera la intervención del padre o en su caso de la madre, como cuando se trate de lo que constituye el fenómeno de asistencia, que no implica una representación si no simplemente una autorización del acto jurídico que lleva a cabo el hijo menor de edad.

Pasando al estudio de nuestro Código Civil, tres normas fundamentales en materias de patria potestad para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad aún cuando muera el cónyuge inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos, y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela. Se ve por esta sanción extrema, que deben ser gravísimas las causas de divorcio que le hagan perder para siempre al cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy justificado de que muriese el cónyuge inocente y que conforme a la naturaleza misma el más indicado fuera el padre que sobreviviera quien ejerciera la patria potestad. Una segunda, hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viva el cónyuge inocente para cobrar ese derecho a su muerte. Por último, tratándose del divorcio por las enfermedades contagiosas, que puede, existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge sano.

Tomando en cuenta este criterio que se desprende del artículo 283, deben ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales los que se sancionen con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no presenten tal gravedad el cónyuge culpable sí deberá perder la patria potestad, mientras viviese el cónyuge inocente; sin embargo, sin un criterio explicable, sin que se haya una verdadera razón, sino por el contario una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causa muy graves o que no presentan esa gravedad y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas, unas graves y otras menos graves para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al cónyuge culpable de esa patria potestad. Por eso decimos que hay un criterio arbitrario, según vamos a demostrarlo.

Dice el artículo 283 literalmente. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes: Primera, cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, XIV, XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se le nombrará un tutor.

Como se ve no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recobre la potestad ante la muerte del cónyuge inocente, como así lo dice la fracción siguiente de éste precepto.

Pero para poder comprender mejor el porqué de ésta arbitrariedad seguida por el artículo 283, comparemos ahora las causas de divorcio en las que el cónyuge culpable recobra la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente. Dice la regla segunda, cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad y literalmente dice: Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acacer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza se designará tutor.

(44) C. f. r. Rogina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Op. Cit., pág. 413 y 415.

En cuanto a la fracción tercera, que se refiere a los actos que no son propiamente delitos, pero que por la naturaleza de los mismos pueden comprometer la salud, seguridad o moralidad de los menores, situación que obligó al legislador en función del interés del menor a otorgarle al juez, facultades para privar del poder paterno a los padres o ascendientes que teniendo el ejercicio de la patria potestad incurran en actos como los ya referidos.

Dentro de las costumbres depravadas para los efectos de la pérdida de la patria potestad, primero que nada debemos entender por costumbre, la manera de obrar o actuar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de la misma especie y por depravado demasiado viciado en sus costumbres: de ahí se deduce que costumbres depravadas no pueden ser sino las conductas reiteradamente viciosas; por lo que sólo ante la plena justificación de ese tipo de conductas por parte de alguno o ambos progenitores puede privarseles de la patria potestad que ejerzan sobre un menor.

En cuanto a los malos tratos, no debe considerarse como tal, la facultad de corregir y castigar a los hijos, salvo que en dicho castigo o corrección haya exceso por parte del o los potestantes causando lesiones, en cuyo caso además de perder la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Penal.

Esta tercera fracción del artículo 444 del Código Civil vigente, que venimos estudiando respecto a la pérdida de la patria potestad, nos señala las causas, de pérdida que ya están comprendidas en la fracción anterior, pero en ésta no se requiere que los mismos se hayan producido como una causal de divorcio, ya que la acción de divorcio es potestativa del cónyuge inocente viendo las costumbres depravadas, los malos tratamientos para con sus hijos, el abandono de sus deberes, actos que pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, puede pedirse que el cónyuge culpable pierda la patria potestad.

La última fracción del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, contempla la situación de la exposición o abandono de niños incapaces de cuidarse por sí mismos, tal como sucede cuando los padres o cualquiera de los que la ejercen la patria potestad dejan a sus hijos en cualquier casa de cuna, reclusión o asilo infantil o, cuando abandonan al menor en sitio que no se le pueda proporcionar ayuda al infante por parte de ninguna persona. En ambos casos la sanción es la pérdida de la patria potestad.

Esta fracción del artículo 444 es la misma que señala el artículo 343 del Código Penal para el Distrito Federal al decirnos: **Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expositos a un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del exposito y por lo que se refiere al abandono por más de seis meses, el mismo Código Penal lo sanciona en dicho capítulo que es el correspondiente a abandono de personas, por lo que la citada fracción es reiterativa de lo señalado en el Código Penal; en un mes a cuatro años de prisión, a lo que se refiere a la exposición; pero debemos señalar que independientemente de la penalidad prescrita en el Código Penal, para los efectos de Derecho Civil, es irrelevante que el procedimiento penal no lleve a cabo, sino que se pierda la patria potestad por el sólo hecho que la conducta del padre o la madre se adecuó a lo señalado en ésta fracción que comentamos anteriormente del artículo 444 del Código Civil vigente, fracción IV.**

Para pedir la pérdida de la patria potestad, se requieren pruebas plenas e indubitables para su procedencia, ya que de conformidad con el artículo 454, fracción IV del Código Civil del Estado de Tamaulipas, **es causa para que se pierda la patria potestad: La exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.** Luego entonces, por no acreditarse el abandono de los hijos por más de seis meses ante la ausencia de los elementos de convicción indispensables al efecto, es incontrovertible que de ninguna manera puede tenerse por demostrada la acción correlativa ya que invariablemente, para decretar la pérdida de la patria potestad en cuanto a la relación paterno filial temporal, es menester la presencia de pruebas plenas e indubitables sobre la necesidad apremiante y excepcional que justifiquen dicha privación.

La recuperación de la patria potestad, en cuanto a la pérdida de la misma, cabe mencionar que independientemente de las formas expresas de recuperación, debemos señalar que existieron y existen otras posibilidades de recuperación, y en primer término debemos mencionar las que se dan cuando cesan algunas de las causas que dieron motivo a la pérdida de la patria potestad.

Conforme a lo que estipula el artículo 283, el juez queda facultado para otorgar la recuperación de la patria potestad a quien perdió por causa de divorcio, para en caso de muerte de quien la ejercía.

En el caso de quienes se habfan divorciado, se vuelven a casar entre sí y él cónyuge que había perdido el ejercicio de la patria por motivo de divorcio, desee recuperarla normalmente, sobre todo si de hecho con el nuevo matrimonio ya la esté ejerciendo y no hay inconveniente para el otro cónyuge.

Desde luego que debe quedar claro que en todos los casos mencionados es necesaria la declaración judicial correspondiente, pues de otra manera no surtirá ningún efecto legal.

El hecho de que durante el juicio hubiera quedado demostrado que la madre del menor permanecía fuera de su casa, durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su labor, de ninguna manera configura el abandono como causal para la pérdida de la patria potestad, puesto que tales ausencias deben reportarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que puedan proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado la siguiente tesis:

La pérdida de la patria potestad en una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres; y consiguientemente las disposiciones del Código Civil, que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción transcendental que repercute en los hijos menores.

La patria potestad se pierde para el condenado, pero continúa ejerciendo cualquiera otra persona de las señaladas en el artículo 414 del Código Civil. Sólo cuando no haya quien la ejerza, la patria potestad se extingue".

B.- ADICION DE UNA FRACCION V AL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL

1.- Concepto de Solvencia

A).- Moral

Cuando hablamos de solvencia moral nos estamos refiriendo más que nada a lo perteneciente o relativo a las buenas costumbres o a las reglas de conducta, es decir, que es conforme o favorable a las buenas costumbres. Como son las relaciones y el buen trato con la sociedad que no tenga algún vicio o conductas depravadas que desvien o alteran tanto el buen desarrollo como la conducta del menor. La solvencia moral se establece en virtud de la naturaleza del hombre, y en última instancia por la razón divina.

B).- Económica

Cuando nos referimos que se está en una solvencia económica capaz de satisfacer las deudas o compromisos adquiridos, nos estamos refiriendo a que económicamente puede satisfacer las necesidades del menor como son primero que nada los alimentos, vestido, educación, hogar, etc., ya que sin estos recursos el desarrollo del menor no será el adecuado, puesto que si no se tienen los recursos indispensables para el buen desarrollo del menor será el principal problema del cual se van a derivar otros, por la falta de dichos recursos para satisfacer las necesidades prácticamente básicas.

2) Justificación Jurídica y Sociológica

Ha quedado claro que, la patria potestad es una institución establecida en beneficio de los hijos.

Rogina Villegas, establece "en el derecho moderno la legislación jurídica de la patria potestad, ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que, por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen".(45)

Hemos señalado anteriormente, que la patria potestad es una función social y familiar, constituida por el conjunto de obligaciones y responsabilidades, con los poderes inherentes para cumplirlos, que la ley impone conjuntamente a ambos padres o a uno de ellos, para la educación, protección, asistencia, representación de sus hijos menores, así como la administración de los mismos y también para la administración de sus bienes.(46)

El interés por la falta de solvencia económica y moral en cuanto a las personas que ejerzan la patria potestad referidas en las fracciones II y III de nuestro Código Civil vigente, es que en la actualidad nuestra sociedad está en una difícil crisis, y muchas de las veces no se puede dar lo necesario y básico al menor, debido a que económicamente no se puede solventar de manera pacífica los gastos necesarios más específicos, es por eso que con el presente trabajo trato de establecer una fracción V al artículo 444 de nuestro Código Civil vigente, debido a que los abuelos tanto paternos como maternos no tienen la suficiente solvencia económica y moral, para que el menor se desarrolle de una manera plena y segura; entendiéndose como solvencia económica aquella que sirve para dar alimentos como son vestido, casa, estudios, médico, educación, etc., que muchas veces dichas personas no pueden satisfacerse para sí mismos, mucho menos podrán sacar al menor de edad adelante.

(45) Rogina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1985, Tomo II, Volumen I, pág. 90

(46) C. f. r. Rogina Villegas, Rafael, *Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales*, México, 1967, pág. 99

Ahora bien, cuando nos referimos a la solvencia moral nos estamos refiriendo a conductas y tratos, desde luego, para el bien del menor, ya que de que sirve tener lo material, si lo moral les hace falta. Cuando nos referimos al concepto de solvencia tanto económica como moral, incluyo todo tipo de atenciones encaminadas a la buena voluntad del ascendiente hacia el cuidado del menor, ya que la ley no tiene seguro los procedimientos para asegurar la satisfacción y buen desarrollo del menor, cuando hago referencia, tanto, a los abuelos paternos como maternos, que ejercen la patria potestad, nos damos cuenta que muchas veces se da el ejercicio de la misma a éstos, incluso contra la voluntad del menor, sin darse cuenta si se tienen bienes suficientes y la solvencia para poder satisfacer y ayudar al desarrollo del menor.

El ejercicio de la patria potestad, debe otorgarse a los abuelos que demuestren interés en ejercerla, ya que es parte integrante del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público, y por lo mismo irrenunciable, también, lo es que si a quienes corresponde el ejercicio del derecho, que trae implícitas importantes obligaciones como son la custodia y cuidado de la persona de los menores y debida administración de sus bienes, además, demuestran interés en ejercitarlo, debe otorgárseles en contra de quien tiene la patria potestad, sólo a consecuencia de un procedimiento de adopción que ha virtud de un juicio constitucional quedó sin efecto precisamente por no haberse llamado al mismo a las personas interesadas a ejercitar el derecho.

Finalmente, mencionare que no es justo que una persona que le puede dar todo al menor para su buen desarrollo, no se le pueda dar el ejercicio de la misma, ya que si dicha persona está apta de ejercerla, debe de tener el derecho de pedir la patria potestad del menor, en cambio, hay personas que no pueden darle las satisfacciones necesarias para que el menor se desarrolle, lo mejor es que no se les de el ejercicio de la misma, ya que sino cumple con las condiciones necesarias para que el buen desenvolvimiento del menor no tiene caso que la ejerza; evitándose así un problema más, ya que cuando haya condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, ya que para decretar la pérdida de la patria potestad, en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Entonces a mi consideración, se agregaría una fracción quinta, la cual se adicionaría al artículo 444 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual quedaría como sigue, la patria potestad, se pierde por la falta de solvencia económica y moral,

en cuanto se refiere a las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil vigente antes mencionado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia como nos dimos cuenta tiene sus orígenes desde que existe el ser humano sobre la tierra, ya que los seres humanos se organizan para llegar a un fin común, esto quiere decir, que la familia siempre ha estado presente en cualquier punto de cualquier sociedad por medio de la organización.

SEGUNDA.- En la promiscuidad primitiva se observa que más que nada la familia se originaba en la madre, ya que simplemente por el hecho de dar a luz al hijo, se originaba un parentesco materno-filial, no importando quien fuera el padre, además, dentro de la promiscuidad primitiva, cabe señalar que cada mujer pertenecía por igual a todos los hombres y viceversa, ya que eran libres para toda relación sexual sin importar inclusive el parentesco.

TERCERA.- La familia organizada por matrimonios en grupo como hemos visto, y de acuerdo con las explicaciones de Henri Lewis Morgan, ésta se dio por tres formas, primero por la familia consanguínea, después, por la punalúa, posteriormente por la sindiásmica; aquí hay que tener en cuenta que esta forma de organizarse, se da al principio igual que la promiscuidad primitiva, en la primera forma se da más que nada por la filiación de madre e hijo sin importar quien sea el padre, cuando se da origen a la segunda forma, en ésta ya no se tienen relaciones con familiares uterinos, y posteriormente en la tercera forma se origina el deber de los padres a trabajar para alimentar a los hijos y a la madre para dedicarse a los

quehaceres domésticos estableciéndose así una forma de consolidación de la familia un poco más civilizada.

CUARTA.- Dentro de la poligamia se dieron dos géneros la poligenia y la poliandria, en donde nos damos cuenta que el hombre podía tener las mujeres que quisiera, así como la mujer los hombres que quisiera, pero esta forma de organización de la familia, no existió por mucho tiempo, ya que más tarde se dio origen a la monogamia.

QUINTA.- Dentro de la monogamia, con la aparición de ésta se da la civilización a la sociedad, ya que con ésta el hombre permanece con una sola mujer, estableciéndose con seguridad el parentesco del padre hacia los hijos, así como el de la madre hacia los mismos, existiendo una fidelidad mutua dentro de los individuos, en donde la relación es únicamente con una persona, aunque actualmente existan excepciones.

SEXTA.- En mi opinión, la familia debemos de entenderla, como la célula principal de toda sociedad para lograr el individuo su máximo desarrollo tanto físico, social, y moral, primero en el seno de la familia en la cual nace y se desarrolla y después de la familia que el hace. Ya que sin la familia el desarrollo del ser humano no sería satisfactorio, es decir, que el individuo necesita organizarse para poder subsistir.

SEPTIMA.- Hay que hacer incapié que una familia, es aquella que está integrada por un hombre y una mujer, aunque éstos nunca hayan procreado un hijo, siempre y cuando cohabiten y vivan un tiempo prolongado.

OCTAVA.- De acuerdo a los tipos de familia se podría decir que familia nuclear es la unión de un hombre y una mujer con o sin hijos, en cambio la familia extensa va a ser el conjunto de familias nucleares formadas por una ampliación de la relaciones entre padres e hijos y no por lazos conyugales.

NOVENA.- Las principales fuentes de la familia, son la unión de sexos, la procreación y la asistencia, ya que para que una familia se consolide en su totalidad, debe dar una relación entre hombre y mujer, que a su vez tenga como consecuencia dar un ser humano, cumpliendo con sus deberes como padres hacia el hijo, para que éste llegue a su

desarrollo con la asistencia que ellos le proporcionen, entendiéndose como asistencia la satisfacción de las necesidades físicas como el vestido, la habitación, etc., y como morales el afecto.

DECIMA.- La familia da como consecuencia a varias instituciones jurídicas como son el matrimonio, el concubinato, a la nulidad del matrimonio, al divorcio, filiación, paternidad, pensión alimenticia, tutela, sucesión, creando deberes y derechos mutuamente para los que pertenecen a una misma familia, ya que desde que nace hasta que muere un individuo, se van creando diferentes relaciones jurídicas dentro del conglomerado social en que se desarrolla.

DECIMA PRIMERA.- La patria potestad tiene sus más remotos orígenes desde el Derecho Romano, ya que fue en éste donde se empezó a crear una institución que regulara los deberes y derechos sobre el menor mientras éste cumpliera la mayoría de edad o se emancipara.

DECIMA SEGUNDA.- La patria potestad es aquella que se ejerce por los padres, y los abuelos, tanto paternos como maternos, creando obligaciones y derechos para ambas partes en tanto el menor cumpla la mayoría de edad.

DECIMA TERCERA.- Los sujetos pasivos como son los menores de edad sobre los cuales se ejerce la patria potestad y los sujetos activos son aquellos que ejercen la patria potestad, esto quiere decir que el menor siempre va a tener como domicilio legal el del sujeto activo, y que dicho sujeto va a ejercer la patria potestad de acuerdo a los intereses del menor.

DECIMA CUARTA.- La patria potestad, tiene sus características al igual que otra institución jurídica, ya que ésta no se pierde por el transcurso del tiempo, termina a la mayoría de edad o a su emancipación del menor, nuestro Código Civil reglamenta el desempeño de la patria potestad para ayudar a los padres a ejercerla sobre el hijo o menor de edad, no es renunciable, el que la tiene la debe de ejercer como lo estipula el Código Civil, y dichos derechos no se pueden transferir, pero eso sí se puede excusar la persona que tenga más de 60 años o tenga mal su estado de salud, por lo cual, no estoy de acuerdo ya que lo mejor para el menor sería que sea una causa más como pérdida de la patria potestad.

DECIMA QUINTA.- Estamos de acuerdo que la ley obligue al padre y a la madre cuando ejerzan la patria potestad a que el menor se le de corrección y poderlo castigar mesuradamente, que se le de asistencia, así como también una buena educación hasta donde sus recursos se lo permitan ya que los padres no tienen la obligación de darle más de lo que ellos puedan proporcionarle.

DECIMA SEXTA.- Respecto a los bienes del menor estamos de acuerdo, que al padre le corresponda la mitad del usufructo, pero que en su caso de rentas no sea mayor a 5 años, que el padre no haga mala administración de los bienes que se le confieren ya que no puede ser posible que un padre que siempre busca lo mejor para su hijo, le quite lo que al hijo le corresponde por ley.

DECIMA SEPTIMA.- Para que los padres al ejercer la patria potestad puedan realizar actividades como la venta, o renta de los bienes del menor deberá presentarse ante el juez correspondiente para que este a su vez designe lo que mejor convenga a los intereses del menor.

DECIMA OCTAVA.- La patria potestad se puede extinguir, suspender y perder: se extingue por la muerte de quien la ejerce, por la emancipación o mayoría de edad del hijo: por otro lado la patria potestad se puede suspender por condena, o en su caso por ausencia de quien la ejerce, así como también se pierde por malos tratos hacia el menor, por las costumbres desviadas de los padres o por la falta de buena conducta de los padres, haciendo la aclaración que cuando el juez correspondiente decida dar la recuperación de la patria potestad en cuanto a suspensión se refiere se le dará nuevamente a quien ejercía la patria potestad.

DECIMA NOVENA.- En cuanto se refiere al artículo 444 del Código Civil Vigente, respecto al análisis realizado, nos damos cuenta que el Código, establece que cuando es condenado a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves, estamos conscientes de que está claro que por eso se pierda la patria potestad, ya que entonces cual sería el ejemplo que se le va a dar al hijo; en cuando a la siguiente fracción en los casos de divorcio no es justo que el menor se quede con la persona que dió causa al divorcio, ya que su conducta no es del todo sana; cuando es por las costumbres depravadas de los padres o abandono, también es justo que la pierda, ya que no puede tener el ejercicio de la misma, si ni siquiera se interesa por darle lo mejor a sus hijos; cuando es por la exposición que

el padre o la madre hiciere de los mismos, ya que si no se tiene interés sobre el hijo, no tiene caso que aparte de que no lo educan lo ridiculizen ante las demás personas.

VIGESIMA.- En mi opinión para que ésto sea más claro se debe agregar una fracción quinta, al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se estipule que es causa de la pérdida de la patria potestad la falta de solvencia económica y moral en cuanto se refiere a las fracciones II y III del artículo 414 del mencionado Código.

VIGESIMA PRIMERA.- Finalmente mencionare, que lo más factible es que el ejercicio de la patria potestad se le de a alguien que sin ser pariente más cercano se interese por el buen desarrollo del menor y lo ayude a salir adelante dándole los mejores satisfactores para sus necesidades principales.

BIBLIOGRAFIA:

- 1.- Alvarez Caperochipi, José Antonio
Curso de Derecho de Familia
Matrimonio y Regimen Económico
Editorial Civitas, S.A.
Tomo I
Madrid, 1988
- 2.- Baqueiro Rojas, Edgar
Derecho de Familia
Editorial Porrúa
México, D.F.
- 3.- Bellusio Augusto César
Manual de Derecho de Familia
Tomo I
Editorial De Palma
Quinta Edición
Buenos Aires, 1993
- 4.- Bussert, Gustavo A. y Zannoni Eduardo A.
Manual de Derecho de Familia
Editorial Astrea
Segunda Edición
Buenos Aires, 1991

- 5.- Castán Tobeñas, José
Derecho de Familia
Madrid, 1960
Tomo V
Vol. 1 y 2
- 6.- Castán Vázquez, José María
La Patria Potestad
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid, 1960
- 7.- D'Antonio, Daniel Hugo
Derecho de Familia
Tomo II
Editorial Rubinzal y Culzoni, S.C.
Santa Fé, Argentina, 1984
- 8.- D'Antonio, Daniel Hugo
Patria Potestad
Editorial Astrea
Buenos Aires, 1979
- 9.- Diez Picazzo Luis
Familia y Derecho
Editorial Civitas
Madrid, 1984
- 10.- Ibarrola, Antonio de
Derecho de Familia
Editorial Porrúa
México, 1981
Segunda Edición
- 11.- García Maynez, Eduardo
Introducción al estudio del Derecho

Editorial Porrúa
Trigésima Segunda edición
México, 1991

12.- Gonzalbo, Pilar
Historia de la Familia
Editorial U.A.M.
México, 1993

13.- Lehmn Heinrich
Tratado de Derecho Civil
Derecho Civil
Vol. IV

14.- Lloveras, Nora
Patria Potestad y Filiación
Editorial De Palma
Buenos Aires, 1986

15.- López del Carril, Julio J.
Derecho de Familia
Editorial Abeledo-Perrot
Buenos Aires, 1984

16.- Montero Duhalt, Sara
Derecho de Familia
Editorial Porrúa
México, 1990

17.- Moto Salazar Efraín
Elementos del Derecho
Editorial Porrúa
Trigésima Octava Edición
México, 1981

- 18.- Muñoz, Luis
Elementos de Derecho Civil Mexicano
Ediciones Modelo
Tomo I
México, 1971
- 19.- Mustieles, Jorge Luis
Psicología
Editorial Cultural, s.A. de Ediciones
México, 1985
- 20.- Peniche López, Edgardo
Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil
Editorial Porrúa, S.A.
Decima Edición
México, 1975
- 21.- Peral Collado; Daniel A.
Derecho de Familia
Editorial Pueblo Educación
Playa Ciudad de la Habana, 1857
- 22.- Pérez Duarte y N. Alicia Elena
Derecho de Familia
Editorial U.N.A.M.
México, D.F., 1990
- 23.- Pina, Rafael de,
Elementos de Derecho Civil Mexicano
Vol. I
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1989
Décima Sexta Edición

24.- Planiol, Marcel
Tratado de Derecho Civil Francés
Familia
Editor Juan Buxo
Tomo II
La Habana, 1928

25.- Sánchez, Medel Ramón
Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México
Editorial Porrúa
México, 1991
Segunda Edición

Legislaciones:

1.- **Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal**

México, 1994

Editorial Sista, S.A. de C.V.

2.- **Ley de Relaciones Familiares**

Cuarta Edición

México, 1993

Ediciones Andrade, S.A. de C.V.

3.- **Código Penal Para el Distrito Federal**

Editorial Porrúa

México, 1995

Enciclopedias:

1.- Enciclopedia Jurídica Omeba

Editorial Alcala, S.A.

Bibliografía O.M.E.B.A.

Tomos XI, XII, XX, XXI

Buenos Aires.

2.- Howard C. Warrn

Diccionario de Psicología

Editorial Fondo de Cultura Económica

México, 1984

3.- Lagomarcino, Carlos A.R.

Enciclopedia de Derecho de Familia

Editorial Universidad

Buenos Aires