

396



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO
362 DEL CODIGO CIVIL DEL
ESTADO DE MEXICO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
DAVID RODRÍGUEZ AGUILA

ASESOR: LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA

285072



México

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

*Gracias te doy, señor; porque
guías mis pasos y escuchas
mis plegarias, porque iluminas
mi entendimiento, porque
me diste la vida, y por haberme
dado la fortaleza para
poder lograr una de las metas
más grandes de mi vida.*

A mi madre:

*A quien con mucho cariño y gratitud
dedico este presente,
porque gracias a sus desvelos,
preocupaciones,
consejos y oraciones
ha contribuido
a la realización del mismo.*

*A quien le debo todo lo que soy,
por haberme dado lo más
valioso de mi existencia; una
carrera universitaria.*

A mi padre:

*Que sin saber,
hizo de aquél niño
que no vio crecer,
un hombre de bien.*

*Quien orgulloso estaría
de haber hecho
de un sueño, una realidad
de la que siempre
anhelaba.*

A mis hermanos:

*Por su apoyo y confianza
que me brindaron
en este largo camino
de mi profesión;
quienes me alentaron en
alcanzar uno de los
momentos más
importantes de mi vida.*

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

*Por haberme dado el privilegio
de pertenecer a ella,
abriéndome las puertas del saber
y haciendo de mi un
profesionista.*

*A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Aragón:*

*Mis agradecimientos y respeto infinitos, ya que
gracias a esta institución he
realizado y concluido mis estudios profesionales.*

A mis maestros:

*Quienes a lo largo de mis estudios
han influido en mi formación
y preparación académica.*

A los C. Profesores de este Honorable sínodo:

Lic. María de los Angeles Serra Ruiz

Lic. Juan Manuel Hernández Roldán

Lic. Laura Vázquez Estrada

Lic. Humberto Gaona Sánchez

Lic. Luz Manuel Pérez Enríquez

*De antemano mis agradecimientos
a su representatividad y
admirable excelencia académica,
que su determinación sea
la consideración del reconocimiento
que os profeso.*

A mi asesora:

Lic. Laura Vázquez Estrada:

A quien admiro y respeto, por haberme ofrecido gran parte de su tiempo, apoyo y amistad valiosos, que fueron muy importantes para la conclusión de este trabajo.

Con cariño a todos mis compañeros de generación, por la amistad brindada, a quienes de alguna manera intervinieron en una de las etapas muy importantes de mi vida.

Í N D I C E

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

RESEÑA HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA

	Pág.
A.- La patria potestad en el Derecho Romano.....	1
1.- La patria potestad según el Derecho Romano Antiguo.....	3
2.- La patria potestad según el Derecho Romano Clásico y en el Bajo Imperio.....	6
3.- Fuentes de la patria potestad.....	9
4.- Modos de extinguirse la patria potestad.....	10
5.- La custodia en el Derecho Romano.....	12
B.- La patria potestad en el Derecho Francés.....	14
C.- La custodia en el Código Francés.....	17
D.- La patria potestad y custodia en el Derecho Mexicano.....	19
1.- Código Civil de 1870.....	19
2.- Código Civil de 1884.....	24
3.- Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	26
E.- La patria potestad y custodia de hijos nacidos fuera de matrimonio.....	30
1.- Código Civil de 1870.....	31
2.- Código Civil de 1884.....	32
3.- Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	32

4.- Código Civil de 1928.....	33
-------------------------------	----

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA

A.- Definición de patria potestad.....	34
B.- Definición de custodia.....	37
C.- Naturaleza jurídica de la patria potestad.....	38
D.- Efectos jurídicos de la patria potestad.....	40
E.- Personas que ejercen la patria potestad y custodia de menores de padres separados.....	57
1.- Derechos deberes que integran la patria potestad.....	60
2.- Derechos deberes que integran la custodia.....	62
F.- Naturaleza jurídica de la custodia.....	65
1.- Como un derecho.....	65
2.- Como una función.....	66
G.- La custodia de los hijos como efecto de la patria potestad.....	67
H.- Derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos.....	69
1.- Naturaleza jurídica de los derechos que tienen los padres sobre los hijos.....	70
2.- Contenido y efectos de los derechos que tienen los padres hacia los hijos.....	71
I.- Extinción de la patria potestad.....	73

CAPÍTULO III

ANÁLISIS AL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

A.- Obligaciones de los padres que viven separados.....	79
1.- El ejercicio de la patria potestad.....	79
2.- La alimentación.....	83
3.- La custodia.....	84
B.- Determinación y asignación de la custodia de los menores de edad.....	85
C.- Sujetos que intervienen para designar la custodia.....	86
D.- Supuestos en los que se basa el juez para determinar la custodia.....	90
E.- Contraposición del artículo 362 con el artículo 426 fracciones I, III y IV del Código Civil del Estado de México, relativo a la determinación de la patria potestad.....	95
F.- El artículo 362 del Código Civil del Estado de México en comparación con el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal.....	100

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

A.- Comparación y distinción entre la patria potestad y custodia.....	104
---	-----

B.- Propuesta de reforma al artículo 362 del Código Civil del Estado de México.....	111
C.- Modificación al artículo 362 del Código Civil para el Estado de México.....	112
Conclusiones.....	122
Jurisprudencia.....	126
Bibliografía.....	133

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realizará un breve análisis sobre la patria potestad y la custodia de menores que, como fenómenos sociales para la integración, organización y funcionamiento de la familia, son de gran importancia para toda sociedad.

Por tal motivo, entraremos al estudio de la patria potestad y de la custodia en el Derecho Romano, en sus diversas etapas de su evolución como lo son: el Derecho Romano antiguo, el Clásico y en el Bajo Imperio, en donde se denota en cada una de ellas que la patria potestad en un principio era ejercida únicamente por el pater familias de un modo excesivo y drástico, ya sea en la persona o bienes del hijo, que posteriormente ya no era él quien ejercía únicamente la patria potestad sino también y excepcionalmente la madre; finalmente se borra esa idea de otorgar provechos para el padre. Por lo que toca a la Legislación Francesa, la regulación de la patria potestad y de la custodia, fue en su origen más protectora y benéfica para los hijos, el padre no obtenía provechos para sí mismo, como en la legislación Romana; en cuanto a nuestra Legislación Civil vigente, ésta fue regulada en varios ordenamientos que con el paso del tiempo se fue adaptando siempre a los intereses del menor y nunca en su perjuicio y en beneficio de los de los propios padres.

De lo anterior se desprende, que en los inicios de la patria potestad y la custodia no se contaba con una definición precisa de lo que significaban las mismas, por lo que diversos doctrinarios las definían tomando en cuenta su naturaleza jurídica, derechos, obligaciones, efectos sobre la persona y bienes de los hijos, sujetos que intervienen para su ejercicio, así como los supuestos en los que se determina el ejercicio tanto de una como de otra; para darnos un panorama general de lo que es su aplicación dentro de la sociedad. Situaciones que el legislador tomó en consideración en la Legislación Civil del Estado de México, pero que desafortunadamente confunde una

institución con otra, o en qué casos prevalece una de otra, así como los supuestos en los que se basa el legislador para determinarlas.

De lo anterior, podemos decir que la patria potestad y la custodia son instituciones distintas, ya que para su aplicación tanto de una como de la otra se requiere de un análisis comparativo entre ambas instituciones, y así poder determinar algunas diferencias para entender los elementos que las ligan o las distinguen entre sí: en donde podemos precisar que la custodia es la función más importante en la preservación de la integridad física y moral de los menores; situación legal que debe ser estudiada por el legislador del Estado de México, pues, para que la ley funcione debe adecuarse a la realidad social, puesto que el factor jurídico debe ser también un factor constantemente dinámico, siendo de suma importancia que se plasme en la Legislación Civil de dicha entidad en su artículo 362 tal precepto, para hacer una reglamentación específica sobre la custodia de los menores y así poder evitar problemas violentos y perjudiciales para ellos, ya que como se vuelve a reiterar la patria potestad por ser un hecho fundado en la naturaleza de la procreación del hombre, la misma no puede estar sujeta a convenio, por lo que no se puede transferir o renunciar a los deberes inherentes a la patria potestad; por tal razón, considero que el legislador en lugar de referirse a la patria potestad debió haber utilizado a la institución de la custodia, misma que permite la transmisión del menor mediante convenio entre los progenitores, quedando dicho artículo de la siguiente manera:

“Artículo 362.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su **custodia**; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

CAPÍTULO I

RESEÑA HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA

A.- La patria potestad en el Derecho Romano

Desde sus inicios, Roma contaba con normas creadas de acuerdo a sus necesidades sociales. Estaba relacionada con el pueblo egipcio, especialmente con las tribus de Israel, quienes tenían una organización de patriarcas en su ámbito social, en donde la potestad de estos pueblos era ejercida por el padre sobre la mujer y los hijos, de tal manera que el padre conservaba a su lado a todos sus hijos ya fueran célibes o casados, alcanzando un poder absoluto sobre la familia al desempeñar varias funciones a la vez, como la de padre, educador, magistrado, pontífice, administrador, soberano, etcétera.

El jefe de esta comunidad era el que tenía más edad, excluyéndose totalmente al más joven, éste podía designar a uno o a varios que le ayudaran a cumplir su cometido y aún más a reemplazarlo después de su muerte, transmitiendo a su vez los mismos efectos al que le sucediera en su cargo. Estas ideas influyen en Roma al instituir su propia legislación, pero en cuanto a la patria potestad del pueblo romano fue más severa que en otros pueblos, ya que la misma significaba un poder absoluto en favor del padre quien era el que la ejercía, dándole un carácter duro que llegaba al extremo de encerrar en él un poder de vida o muerte sobre las personas que se encontraban sujetas a su potestad. Al respecto nos comenta el tratadista Eugene Petit que; “Durante los primeros siglos la patria potestad hace del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, tomando decisiones sin apelación y pudiendo hacer ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, tiene sobre ellos poder de vida o muerte, puede manciparlos a un tercero o

abandonarlos". (1)

Por lo que se considera que la esencia de la patria potestad no tenía por objeto la protección de los hijos, sino que únicamente se manifestaba un interés hacia el jefe de familia al que se le atribuían derechos muy rigurosos que se asemejaban a los que tenía un amo sobre sus esclavos. en este sentido la patria potestad no tomaba mucha importancia en cuanto a la protección de los hijos; en virtud de que el que estaba sometido a ella no se liberaba de ésta. ni por la edad ni por el matrimonio; también podía darse la situación de que la patria potestad no fuera ejercida por el padre, sino por el abuelo paterno quien la ejercería sobre sus hijos y sus nietos. La patria potestad así estuvo por encima de todos los intereses de la familia, quien debería contar con un pater familias que supuestamente protegiera el interés y a los miembros de su familia.

Por lo que se refiere a la institución de la patria potestad, ésta se consideraba como eterna debido a la forma de su reglamentación, misma que era ejercida por el varón "Pater Familias"; nunca la ejercía la mujer puesto que ella misma se encontraba sujeta a esa potestad, de ahí que esta institución nos da la idea de soberanía doméstica conferida al varón, por lo que la mujer, los hijos y a los esclavos se les consideraba como parte de la familia. El tratadista Sabino Ventura sobre este particular nos comenta: "La patria potestad al jefe de familia otorga derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, mismo que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y bienes de los hijos". (2)

¹ PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Tr. Jose Fernández Gonzalez. 12a. Ed. Edit. Porrúa, Mexico. 1995. p. 99.

² VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". 12a. Ed. Edit. Porrúa, Mexico. 1995. p. 99.

Pero para dar una mejor explicación de lo que fue esta institución durante el desarrollo del Derecho Romano, la dividiremos en tres períodos, siendo éstos: el Derecho Antiguo, el Derecho Clásico y en el Bajo Imperio.

1.- La patria potestad según el Derecho Romano Antiguo

En esta etapa del Derecho Antiguo, nos comenta el maestro Bonfante: "El poder del pater familias sobre los filii familias tiene la misma naturaleza que la soberanía en los cuerpos políticos. La familia romana, como todo organismo político de la Edad Antigua, tenía su sacra, es decir, su culto especial, y el pater familias era su sacerdote. Él era también juez de los filii familias, y en cuanto a las culpas cometidas por ellos tenía autoridad para castigarlos de todos los modos posibles, con la prisión, con penas corporales y hasta con la muerte: por delitos que cometiesen contra extraños podía liberarse de toda responsabilidad, entregando al filius familias en manos de la persona perjudicada, según la costumbre de las comunidades antiguas en las relaciones internacionales. Podía también vender o alquilar el filius familias, exponer o matar a los recién nacidos". (3)

Como se puede ver el pater familias ejercía sobre sus hijos los mismos derechos que sus esclavos: "La potestad sobre los esclavos no se indica de otro modo, sino como la palabra potestas; los comentadores acostumbran también cualificar la frase con la expresión dominica potestas; porque los esclavos son objeto de dominio". (4)

³ BONFANTE, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", Tr. Luis Baezi y Andres Larrosa, 5a. Ed. Edir. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 160.

⁴ *Ibidem* p. 148

Por esta razón, la potestad se extendía desde los hijos hasta los esclavos, en donde el pater podía venderlos, abandonarlos y darlos en pago, pues era tanto el poder que tenía el pater hasta que incluso, se le concedió el derecho de vida y muerte. Además de lo anterior, tenía en sus manos la autorización de consentir el matrimonio de sus hijos varones, ya que en caso de que alguno contrajera matrimonio sin su autorización, podía éste romper el matrimonio e incluso podía imponer el divorcio, y en cuanto al matrimonio de sus hijas únicamente se requería de la autorización del abuelo paterno, esto en razón de que ellas salían de la potestad de su pater familias y entraban a la nueva potestad de su esposo al contraer nupcias.

En cuanto a este punto, nos explica el doctrinario Eugene Petit: "Los hijos bajo la potestad deben de obtener el consentimiento del padre de familia, este debe consentir aunque sea el abuelo del descendiente que contrae matrimonio, pero en semejante caso el consentimiento del padre se exige para ese nieto, puesto que a la muerte del abuelo los hijos nacidos de matrimonio caigan bajo la potestad del padre, siendo este un resultado sobre el cual debe haber consentido. No sucede lo mismo con las nietas, pues sus hijos entran en la familia civil del marido, y no se exige por tanto el consentimiento del padre". (5)

De lo antes narrado se concluye que, el contenido de la patria potestad que le era otorgada al progenitor, no sólo concedía derechos rigurosos sobre la persona y bienes de los que se encontraban sujetas a ella, sino que además durante esta etapa no había límites al grave uso de los poderes que poseía el pater familias; ya que la familia romana debía de tener sus propias leyes internas, así como las sanciones que debían de imperar en los miembros de la familia, puesto que, para que fueran impuestas, los parientes del pater familias se congregaban para emitir el tipo, modo y forma para

⁵ PETIT, Eugene, *op. cit.* p. 195

2 - La patria potestad según el Derecho Romano Clásico y en el bajo imperio

Por lo que respecta en esta etapa del Derecho Romano, el romanista Guillermo F. Margadant, nos comenta que: "La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos". (7)

De lo anterior se puede decir que la transformación que ha sufrido la legislación romana, es menos severa a lo que era a principios de su desarrollo, dejando atrás esa idea rigorista que se mantuvo vigente a hasta esos días.

Es entonces en la etapa de la República en donde desaparece totalmente ese sentido despótico que venía prevaleciendo en Roma, pues los notables cambios se dieron con el propósito de frenar los poderes y facultades que el pater familias poseía, así como también se le concedieron ciertos derechos en favor de los hijos en cuanto a sus bienes y a su persona. "La República refrenó los abusos de la patria potestad, especialmente por obra de los censores, cuya autoridad indeterminada y de índole moral podía ejercerse en este campo". (8)

Por otro lado, el poder de dar muerte al hijo continúa hasta en tiempos de la República pero con mayor moderación, por lo que para fines de esta etapa, se manifestó el propósito de limitar los poderes y facultades del pater familias, asimismo se le reconoció a los hijos ciertos derechos, tanto en su persona como en sus bienes.

⁷ MARGADANT FLORES, Guillermo. "El Derecho Privado Romano". 19a. Ed. Edit. Estinge. México. 1993 p. 201.

⁸ Ibidem. p. 161.

De lo anterior, se desprende que es en esta etapa en donde se empieza a dar algunos cambios favorables hacia los hijos, regulando más o menos la rígida intervención que poseía el padre, tanto en la persona como en los bienes de los que estaban bajo su potestad, pero como veremos más adelante, ese poder que se le otorgaba al pater familias finalmente desaparece, pero siempre a beneficio de su familia.

En cuanto a la época imperialista, y bajo el imperio de Adriano se anuló definitivamente ese poder que tenía el pater familias de quitar la vida a sus hijos ya que si éste lo realizaba era castigado con la expatriación; y bajo el gobierno de Séptimo Severo se castigaba como parricida; en cuanto a la venta de los hijos, según Caracalla era un delito, pues sólo era permitido en casos de necesidad alimentaria, y posteriormente con Dioclesiano se prohibió totalmente la venta de los hijos.

Y por lo que respecta a los bienes de los hijos en esta etapa, se les concedía el pleno dominio sobre sus bienes, a excepción de los que daba a su pater; y en cuanto a las deudas que el hijo contraía por los negocios celebrados, se permitió a un tercero para que ejercitara acción en contra del pater que había consentido para que su hijo celebrara el negocio, y por último se le otorgaron al hijo derechos patrimoniales reconociéndole la titularidad de sus bienes, lo que dio como origen varios tipos de peculios a lo que nos explica el romanista Lemus Garcia: "En estos periodos la condición jurídica del hijo de familia en relación con los bienes adquiridos por él, se mejoró grandemente a través de los peculios". (9)

En cuanto a los peculios, que formaban parte de los bienes de los hijos, estos podían consistir en bienes o en dinero, los cuales son los siguientes:

⁹ LEMUS GARCIA, Raúl. "Derecho Romano". Personas, Bienes, Sucesiones. 4a. Ed. Edit. LIMSA. México, 1979. p. 62.

a.- Peculio castrense.- estos se constituían por aquellos bienes que el padre daba a su hijo para aumentar su industria, cuya titularidad era únicamente del hijo, pues dada su calidad de militar, se le permitía obtener varias cosas como lo son: el sueldo, el botín de guerra y las distribuciones de la tierra. Para constituir este peculio y para el caso de que el hijo muriera y si no dejaba testamento, los bienes pasaban a formar parte de la propiedad de su pater familia.

b.- Peculio cuasi castrense.- estos se conformaban por aquellos bienes que el hijo adquiría por el servicio que prestaba a la corte, es decir, los servicios prestados a favor del emperador, del Estado, o bien de la iglesia, la única diferencia en cuanto al peculio anterior, era el de que no se podía ceder por testamento los bienes adquiridos de esta manera. Este peculio se asimiló al peculio castrense con la única diferencia en que en éste supuesto no se podía transmitir por testamento.

c.- Bienes adventicios.- estos se constituían por aquéllos bienes que la madre le dejaba a su hijo mientras ejercía sobre él la patria potestad, o cuando le eran transmitidos por herencia de su madre. en este caso al hijo se le guardaba la propiedad y a su padre se le concedía el usufructo y la administración de los bienes que el hijo obtenía. "El padre de familia tenía derecho de administración y de goce sobre los bienes adventicios. Por tanto, éstos bienes no eran peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero patrimonio, porque muerto el hijo nunca revierten al pater iure peculii, sino que son objeto de la sucesión testamentaria o ab intestato del hijo, según la Constitución del emperador del año de 529". (10)

d.- Peculio profecticio.- este era el más antiguo y podían tenerlo también los esclavos, además se constituía por aquéllos bienes que el pater familias dejaba al

¹⁰ VENTURA SILVA. Sabino. *op cit.* p. 125.

comercio o de alguna industria. El filiusfamilias no tenía la propiedad, sino que la seguía conservando el padre, el hijo únicamente tenía facultades de disfrute y de administración que eran revocables en todo momento; pero no podía enajenar los bienes que conformaban este peculio, y si este moría finalmente, dicha masa de bienes regresaba automáticamente al patrimonio del pater.

En cuanto a los bienes del hijo, opina el doctrinario Ventura Silba; “Por último diremos que con Justiniano se declaró como propiedad del hijo todos los bienes que adquiría por cualquier modo, reservándose la administración y el disfrute al pater familia, con excepción del peculio castrense, el cual quedaba en plena propiedad, administración y disfrute al hijo”. (11)

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la institución de la patria potestad a través de su evolución ha tenido una amplia extensión jurídica en el Derecho Romano, mismo que se fue suavizando lentamente y que al sufrir modificaciones llegó a ser considerado como un derecho tutelar sin que se tuviera como finalidad primordial el beneficio del pater familia, sino más bien se le otorgaba un enfoque de protección hacia a los hijos que se encontraban sujetos a la patria potestad.

3.- Fuentes de la patria potestad

En este apartado, trataremos de explicar las fuentes de donde emana el origen de la patria potestad, a lo que diversos doctrinarios exponen que esta surge de tres fuentes, siendo estas las siguientes:

¹¹ *Ibidem*. p. 94 y 95.

a.- El matrimonio o justas nupcias: siendo esta la principal de las fuentes, y para su validez se tenía que celebrar con apego a las normas del derecho civil romano, cuyo propósito era el de otorgar a los hijos la calidad de hijos legítimos a los que nacieran dentro de los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o los nacidos después de los trescientos y un días de disuelto el matrimonio.

b.- La legitimación: que era una de las formas de adquirir la autoridad sobre los hijos nacidos de concubinato, la cual fue impuesta por los emperadores romanos a favor del pater familias. "Por lo que respecta a la legitimación, era un medio creado por los emperadores cristianos para favorecer las uniones irregulares, permitiendo al pater familia, adquirir la autoridad paterna en los hijos naturales nacidos en concubinato". (12)

c.- La adopción: ésta constituía la última de las fuentes, la cual se asemejaba a las relaciones creadas por el matrimonio, es decir, a las relaciones entre el pater familias y el hijo adoptivo, en donde este último pasaba bajo la autoridad del pater que lo adoptaba; esta figura surgía entre las personas que no tenían lazo de consanguinidad con el adoptante, mismo que dio origen a dos tipos de adopción: la primera, era aquella adopción que se realizaba por un ascendiente, y en cuanto a la segunda, es la adopción propiamente dicha.

4.- Modos de extinguirse la patria potestad

De lo que cabe mencionar, dentro de las formas de acabarse la patria

¹² BONFANTE, Pedro *op. cit.* p. 113.

potestad, las clasificaremos desde dos puntos de vista:

a.- Por acontecimientos Fortuitos:

- 1.- Por muerte del pater familias o del hijo;
- 2.- Por pérdida de la libertad del pater o del hijo;
- 3.- Por elevación del hijo a deidad;
- 4.- Por la exposición del hijo o por la prostitución de la hija; y
- 5.- Por la entrada del hijo al sacerdocio.

b.- Por actos Solemnes:

- 1.- Por la adopción del hijo.
- 2.- Por la emancipación del hijo; y
- 3.- Por arrogación del pater familias.

Estos actos solemnes que clasificamos están sujetos a la voluntad del pater familia, por lo que al emanciparse el hijo, definitivamente sale de la potestad del pater, a lo que nos comenta al respecto el tratadista Ventura Silva, al definir a la emancipación, diciendo que: "Es el acto por el cual el jefe de familia hace salir de su potestad al hijo, haciéndose este *Sui Iuris*". (13)

Como se puede ver anteriormente el pater tenía la facultad de hacer salir de su potestad a su hijo, pues para hacerlo tenía que manumitirlo hasta por tres veces, ya que a la última manumisión éste la perdía totalmente. "El padre que quería hacer salir a un hijo de su autoridad le mancipaba a un tercero de buena voluntad, *coemptionator*, que

¹³ VENTURA SILVA, Sabino *op cit* p. 121.

se comprometía por un pacto de fiducia a manumitirle después enseguida. Una segunda mancipación siempre era enseguida de una segunda manumisión: Después de la tercera, ya quedaba rota la autoridad paterna y el hijo manumitido era *Sui iuris*". (14)

Por otro lado, el hijo que salía totalmente de la autoridad paterna, a éste posteriormente se le consideraba como a un *pater familias* aún sin antes de tener hijos. "Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertiría en *pater familias*, aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto, salvo en caso de adopción, adrogación del *pater familias* o muerte del hijo". (15)

En cuanto a la pérdida de la patria potestad por acontecimiento fortuito, cabe explicar que el *pater* la perdía en forma total, ya sea por la muerte de él o de su hijo, o por la disminución de la capacidad, sea mínima o máxima; aunque en ciertos casos podía reponerla, por ejemplo cuando los prisioneros de guerra huían y se internaban nuevamente con su familia.

5.- La custodia en el Derecho Romano

Por lo que respecta a esta institución en el Derecho Romano, no existía una idea de lo que significaba la misma, por lo que al respecto podemos decir, que ésta se ejercía conjuntamente con otras instituciones, como lo eran la patria potestad, la adopción, la tutela y la curatela, la cual se ha ido modificando de acuerdo al desarrollo que han tenido dichas instituciones durante la legislación romana.

¹⁴ *Ibidem*. p. 120.

¹⁵ MARGADANTS FLORIS, Guillermo. *op. cit.* p. 206.

De la misma no existe alguna definición precisa, por lo que podemos decir que ésta proviene del “latín *custos* que significa guarda o guardián y ésta se deriva a su vez del *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa”. (16)

En el Derecho Romano tuvo dos acepciones: en Derecho Penal y en Derecho Civil. En este último significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un *bonus pater familias*. En general esa clase especial de diligencia debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros.

La obligación de la custodia ha surgido desde el Derecho Romano de las más variadas relaciones jurídicas y especialmente de cualquiera de los contratos por los cuales se entraba a la tenencia de alguna cosa ajena, pues por el principio de *custodiam praestare*, el deudor respondía por la pérdida o detrimentos de la cosa ocurridos por su dolo o culpa.

Si bien es cierto que la palabra custodia tiene en sus orígenes una aplicación distinta, también es cierto que existen puntos de contacto que nos permitirán establecer su práctica efectiva en el Derecho de Familia. La diferencia esencial es que en la presente tesis, la custodia connota una relación que se genera exclusivamente entre personas y no las de una persona con una cosa, excluyéndose totalmente a esta última por no ser el tema a tratar.

¹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *“Diccionario Jurídico Mexicano”*. Tomo II. 1a. Ed. Edit. UNAM. México. 1983. p. 383.

Por otro lado, y en cuanto a esta institución la podemos relacionar en ambos casos: primero, la custodia del menor que está al lado de la persona que deba ejercerla, y en segundo lugar, a una cosa dada en depósito, la esencia radica en los dos casos, en que se deben de realizar todos los actos necesarios con especial diligencia para conservar el bien y en el otro caso a procurar el sano desarrollo y cuidado de los menores.

Concluimos que la custodia en el Derecho Romano se ejercía conjuntamente con la patria potestad, ya que la misma no estaba contemplada en forma separada como lo era la patria potestad. El padre quien era el que estaba al frente de la familia, éste tenía la guarda o custodia de los menores, quienes solamente podían salir de la potestad del pater cuando ordenaba matarlos por algún ilícito que cometieran o los manumitiera a un tercero.

B.- La patria potestad en el Derecho Francés

Por lo que se refiere a la institución de la patria potestad en el Derecho Francés, explicaremos que con el surgimiento del Código de Napoleón, la regulación de la patria potestad vino a traer un mayor beneficio a los hijos que estaban sujetos a la potestad de los padres: en principio eran ellos quienes la ejercían conjuntamente en virtud del matrimonio, principalmente el padre y sólo en casos excepcionales la madre la ejercía cuando su cónyuge caía en estado de incapacidad, ya sea por ausencia, o bien, por la muerte del mismo. Además de que la legislación francesa descartó por completo ese sentido de otorgar provechos para la persona que la ejercía.

La patria potestad la encontramos regulada en los artículos 371 a 378 del Código Francés, de esta manera en su artículo 371 dispone que: "Los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a sus ascendientes". De este precepto, podemos decir que su

contenido es de carácter moral, cuyo objeto radica fundamentalmente en que cuando el hijo por el sólo hecho de que alcance la mayoría de edad, éste no se libera definitivamente de sus deberes para con sus padres.

En cuanto al artículo 372 que dispone: “El hijo permanece bajo la custodia de sus padres hasta que sea mayor de edad o se emancipe”. Este dispositivo indica dos formas para que el hijo quede totalmente fuera de la custodia de sus padres, siendo el primero de ellos que el hijo alcance la mayoría de edad, y en el segundo caso, cuando contraiga matrimonio siendo menor de edad, es decir, cuando se emancipe.

De igual forma el artículo 373 indica que: “El padre sólo ejercerá esa autoridad durante el matrimonio y dentro de él, y sólo este poder paterno pasa a la madre en los casos de disolución matrimonial por divorcio a causa culpable del marido o por ausencia o incapacidad física o la legal del mismo y desde luego la muerte del padre”. Como se puede ver en este precepto, la patria potestad la ejercen los padres, siendo el padre el primero de ellos en ejercerla mientras dure el matrimonio, y sólo cuando por disolución del matrimonio la ejercerá la madre. “En efecto, aunque esta potestad es común a ambos padres, es delegada de una manera exclusiva al padre: Solamente el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio”. (17)

En el ejercicio de los derechos que nacen de la patria potestad, según el Código Francés, impone correlativamente deberes, como es el caso de los alimentos, educación y administración de bienes de los hijos; así como también derechos, fundamentalmente el de guarda que se traduce en la obligación de educación y dirección; en cuanto a los deberes a que nos referimos en un principio es conveniente indicar los que

¹⁷ PLANIOL, Marcel y RIPÉRT Georges. *“Tratado Elemental de Derecho Civil”*. Introducción. Familia. Matrimonio. Tr. José M. Cajica. 1a. Ed. Editorial Cárdenas. México, 1983. p. 255.

el texto de la ley menciona en su artículo 385, que a la letra dice: "Los padres están obligados a pagar la alimentación, mantenimiento y educación de los hijos"; mismos que se clasifican de la siguiente manera:

- a.- El derecho de guarda y corrección.
- b.- El derecho de usufructo legal.
- c.- El derecho de consentir en el matrimonio del hijo.
- d.- El derecho de manciparlo.
- e.- El derecho de consentir en adopción de otra persona.
- f.- El derecho de administrar su patrimonio.

Como se puede ver anteriormente, existen más deberes que derechos por parte de los padres, como ejemplo de este último podemos mencionar el derecho de usufructo que tienen los padres cuando tienen la administración legal de los bienes del menor; en cuanto a los deberes, siempre tienen que cumplir los padres con la obligación de cuidar y corregir de la persona del menor, de otorgar su consentimiento cuando sus hijos pretendan contraer matrimonio, etcétera.

Por lo que toca a las fuentes de la patria potestad en el Derecho Francés, al igual que en el Derecho Romano, las encontramos en el matrimonio, la adopción y la legitimación, de las que no entramos al análisis de las mismas por haberse estudiado en el derecho romano.

Ahora bien, en cuanto a la regulación de los bienes, al padre se le otorgaban derechos de usufructo sobre los bienes del hijo, pero con algunas restricciones, como es el caso de que si éste realizaba actos de dominio sobre los bienes de su hijo, tenía que contar previamente con un permiso que le fuera otorgado por el Tribunal, cuya finalidad era la de proteger los bienes adquiridos por su hijo con motivo de su trabajo, ya sea por legados o

donaciones, puesto que en este último caso el donante tenía el derecho de prohibir que al padre no se le concediera el derecho de usufructo sobre tales bienes. Además podemos señalar que si el padre era el que diera causa para divorciarse, o en su caso no ejerciera la patria potestad, así como la muerte de éste, eran motivos suficientes para que terminara por completo el usufructo de esos bienes.

A principio de este tema, se ha dicho que el Derecho Francés nos da un marcado cambio con respecto al Derecho Romano, ya que la institución de la patria potestad se establece como un derecho protector para los hijos, tanto para su persona como para sus bienes, no tomando en cuenta la idea con la que se venía desarrollando ese carácter despótico con que se revistió al pater en perjuicio de los menores.

Como podemos ver de lo expuesto anteriormente, la legislación francesa tuvo desde sus inicios esa idea protectora de los hijos, además de que el ejercicio correspondía a ambos padres tanto en la persona como en los bienes del menor, a lo que comparamos con la legislación romana, existiendo entre ellas una notoria diferencia que las separa grandemente, a lo que podemos decir que, a principios la legislación romana no tenía una concepción clara de lo que significaba la protección de los hijos, por lo que a través de su evolución logró equipararse con el Código Francés, cuya finalidad era la de otorgar mayores beneficios a los hijos y dejar atrás esa idea rigorista con la que se investía al pater para el ejercicio de la patria potestad en perjuicio de los que estaban sujetos a ella.

C.- La custodia en el Código Francés

Por lo que respecta a esta institución en el Derecho Francés, al igual que en el Derecho Romano, no se contaba con una reglamentación específica de la custodia, ya

que los legisladores no contaban con un concepto de lo que la misma podía ofrecer en el campo jurídico, pero a esta la encontramos dentro de diversas instituciones como lo son la patria potestad, la adopción, tutela, curatela y la legitimación; pues la misma no está regulada en forma separada como las otras figuras jurídicas que tienen un capítulo especial, ya que en este caso la custodia la podemos estudiar conjuntamente con la patria potestad, al decir anteriormente que los padres tienen la obligación de cuidar a sus hijos, misma que la podemos traducir en dos facultades: siendo éstas: la guarda y la corrección del hijo

En cuanto al objeto de la guarda, ésta consiste en que el menor debe de habitar en la misma casa de sus padres, pero para el caso de que este se negare, su padre tiene el derecho de hacerlo regresar para que cohabite con ellos mediante el uso de la fuerza pública. Pero únicamente el hijo lo podrá hacer cuando sea mayor de veinte años y este dado de alta en el ejército. "La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse". (18)

Además de la guarda que se les confía a los padres, también tienen la obligación de vigilarlo, es decir, de cuidarlo, de dirigir sus acciones y de estar pendientes de su desenvolvimiento moral; situaciones que se traducen al igual que en la guarda, en derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos; como ejemplo de ello, podemos decir que los padres pueden examinar e interceptar la correspondencia de los hijos.

¹⁸ PLANIÖL, Marcel y RIPERT, Georges. *op cit.* p. 263.

Por lo que toca al derecho de corrección, ésta deriva del cuidado, y de la educación del hijo; situaciones de las que están encargados los padres de otorgarles la instrucción primaria y de emplear castigos corporales; pero existe una limitante en cuanto a este derecho, pues al padre no se le permitía realizar malos tratamientos que comprometieran la salud del hijo, según lo disponía el Código Penal Francés, al reprimir los atentados y violencias cometidas en contra de los hijos. "El cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas, es la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer. Graves cuestiones deben resolverse: la religión que se dará al hijo, la carrera para la que se le preparará, etcétera". (19)

De lo anterior cabe aclarar que la guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres, ya que al mismo tiempo implica para ellos una obligación de la que no pueden liberarse, en virtud de que el menor no tiene esa capacidad de querer y poder entender de las cosas que lo rodean, situaciones que tomó en consideración la legislación francesa para otorgar mayores beneficios a los menores, por lo que se ve claramente que el ejercicio de la custodia se ejercitaba conjuntamente con la patria potestad, al no haber una reglamentación específica y clara de lo que era la misma.

D.- La patria potestad y custodia en el Derecho Mexicano

I - Código Civil de 1870

En cuanto a nuestra legislación civil que regula a la patria potestad,

¹⁹ *Ibidem*, p. 261

podemos decir que el Código Civil de 1870, vino a derogar toda disposición que regulara todo lo relacionado con el ejercicio de la patria potestad, quedando regulada en el Título Octavo y subdividido en tres capítulos.

Las fuentes más cercanas que sirvieron de fundamento para que los legisladores mexicanos crearan nuestro Código Civil, fueron los Códigos Francés y el Español, principalmente. Este Código surge, por proyecto del Código Civil de 1859, creado en ese entonces por Justo Sierra, mismo que fue aprobado y publicado en 1861, basado también en el proyecto del Código Civil Español, al igual que tuvo como base el Código Francés de 1804. En este Código de 1870, también regula lo concerniente a la guarda y protección del menor, dentro de las instituciones de la patria potestad, tutela y curatela, aún cuando su contenido no fue bastante para alcanzar las finalidades de guarda, protección y defensa del menor.

Para tal efecto dispone dicha legislación en su articulado en cuanto a la patria potestad en su Título Octavo, capítulo primero de este código, en su artículo 389: "Todos los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

El artículo 390 indica que: "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes".

El artículo 391 establece: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos".

El artículo 392 dispone que: "La patria potestad se ejerce:

I.- Por el padre,

- II.- Por la madre.
- III.- Por el abuelo paterno.
- IV.- Por la abuelo materno.
- V.- Por la abuela paterna.
- VI.- Por la abuela materna”.

Por lo antes expuesto, podemos considerar que del contenido del Código Francés se desprende que igualmente se plasma por principio, una norma moral de los hijos para con los padres y aún más con los ascendientes del hijo; y por otro lado indica que la patria potestad debe ser ejercida sobre hijos legítimos o legitimados al igual que los menores de edad y no emancipados.

Por último, contempla este Código que no sólo son los padres únicamente quienes puedan ejercer la patria potestad del menor, como lo hace el Código Francés, sino que además son los abuelos paternos, tanto como los maternos quienes también conservan ese derecho que la ley les impuso. “La patria potestad se limita a su ejercicio por el padre, a falta de éste, la madre, el abuelo paterno, etc; situación que nos permite ver con más claridad la poca significación de la mujer en el Código Civil de 1870”. (20)

“En otro aspecto, la primera legislación Civil del Distrito Federal no se contentó con ese paso, sino que dando otro, amplió la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo podía alegarse la edad; pero como se les concede la facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que ya no se considere capaz de ejercer aquel derecho, renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas también operan las mismas razones que respecto de la madre y

²⁰ GUTIERON FUENTEVEILLA, Julian. *“Que es el Derecho Familiar”*, 3a. Ed. Edit. Promociones Jurídicas y Culturales, Mexico, 1987, p. 98.

concurrer las mismas circunstancias que en los abuelos". (21)

El artículo 393, establece que sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que siga en el orden establecido por la ley.

Esta disposición también era aplicable en los casos de renuncia, de acuerdo con el artículo 424 de la misma ley en comento.

Por lo que se refiere a los efectos de la patria potestad en cuanto a la persona del hijo, nos comenta el artículo 394; que en tanto el hijo estuviera sujeto a la patria potestad, éste no podía dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o un decreto de alguna autoridad competente.

El artículo 395 concibe que, al que tiene a su hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

De este artículo se desprende, fundamentalmente la obligación que tienen los padres de cumplir con los deberes que les impone la patria potestad, mismas que se traducen en el cuidado, vigilancia, alimentos y educación de los hijos, para que estos a su vez cuenten con una mejor preparación para poder afrontar los problemas de la vida.

Para ahondar sobre este punto, el artículo 396 establece que los padres están facultados para corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

En cuanto a la facultad de corregir a sus hijos, este precepto indica que

²¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. "Instituciones de Derecho Civil" 1a. Ed. Tomo III. Edu. Porrúa. México, 1988. p. 528.

debe ser en forma templada y mesurada, más aún que las autoridades deberían auxiliarlos de una manera prudente, cuando este haya sido requerido por el que tenga a su cargo la patria potestad. "Los hijos tienen que mantener la reverencia debida a aquéllas personas de quienes recibieron el ser. A la vez éstas tienen la obligación de educar a sus hijos convenientemente, para lo cual gozan de la facultad de corregirlos y castigarlos con templanza y mesura". (22)

Ahora bien, pasaremos al estudio de los artículos que regulan los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos, para esto clasificaremos a los bienes que adquiere el hijo por distintos modos, a saber:

- a.- Bienes donados por el padre.
- b.- Bienes donados por la madre o por los abuelos.
- c.- Bienes debidos al don de la fortuna.
- d.- Bienes donados por parientes colaterales o extraños, y
- e.- Bienes adquiridos por trabajo honesto.

A todos éstos bienes les corresponde a los padres su administración y usufructo, a excepción del primero y último, ya que en el primero de ellos el padre tiene que designar la parte que le corresponde al hijo para su uso, y para el caso de que no lo hiciere en estos términos, al hijo le corresponderá la mitad, puesto que es el titular de dichos bienes; en cuanto al último de los bienes adquiridos por el hijo por su trabajo, a éste le corresponde totalmente la administración sobre dichos bienes, por que se le considera emancipado respecto a esos bienes que él obtiene, según los disponen los artículos 401, 402 y 406 de dicho ordenamiento.

²² *Ibidem*, p. 529

Por lo que se refiere a los bienes del menor, este ordenamiento hace una separación dividiéndolos, precisando claramente a quién corresponden los frutos y la administración sobre tales bienes, estableciéndose que en la mayoría de los casos se compartía por igual entre el hijo y el padre, aún cuando este último tenía la administración total, y el hijo adquiría los frutos que de éstos surgieran.

Por lo que toca a los bienes que adquiría el hijo por trabajo honesto correspondía únicamente a él, tanto la propiedad como la administración y los frutos, excluyéndose totalmente al padre sobre tales beneficios.

De lo anteriormente anotado, podemos decir que la regulación que da este Código, en cuanto a esta institución, su esencia radica fundamentalmente en dar un enfoque de protección al menor, pero que desafortunadamente no cumple totalmente con su cometido, ya que en él hubo muchas lagunas de las que posteriormente trataron de ser subsanadas y corregidas por otras leyes, de las que a continuación pasaremos a su estudio en los puntos siguientes, esto con la única finalidad de evitar la repetición de ideas por lo que a esta legislación se refiere.

2.- Código Civil de 1884

En cuanto a este Código, el legislador trató de dar una mejor regulación en cuanto al ejercicio de la patria potestad, pero realmente sus aportaciones fueron mínimas en su contenido, en comparación con el anterior Código Civil, por lo que para su estudio abordaremos únicamente a los artículos que sufrieron modificaciones.

Por lo tanto, el artículo 375 hace una separación de los bienes del hijo en

seis clases:

- a.- Bienes que proceden de donación del padre.
- b.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre.
- c.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre, o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad:
- d.- Bienes que proceden de donación, o legado de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque estos y los de tercera clase le hayan donado en consideración al padre:
- e.- Bienes debidos a don de la fortuna, y
- f.- Bienes que el hijo adquiere por trabajo honesto, sea cual fuere.

Del análisis de este artículo, en comparación con el artículo 400 del Código de 1870, únicamente se adicionó a los bienes que surgen de herencia o legado del padre, y en cuanto a los incisos c, y d, solamente se agregaron los vocablos herencia y legado, quedando igualmente los demás tipos de bienes.

También se modificó lo relacionado con la administración y usufructo de los bienes del hijo, quedando de la siguiente manera: los bienes de los incisos b y d, del artículo 375, únicamente le corresponderán a los padres la administración y la mitad del usufructo; más no así al padre como lo preveía el anterior Código, en donde a éste se le otorgaba tales derechos.

En cuanto al artículo 410 del Código de 1870, establece las causas de extinción al derecho de usufructo del padre:

- I.- Por emancipación o mayoría del hijo.
- II.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias, y

II.- Por renuncia hecha a favor del hijo, considerada como donación.

Y del análisis del artículo 383 de este ordenamiento, está de acuerdo con la primera y tercera fracción, pero no así en la segunda, ya que en esta se plasma la pérdida de la patria potestad por parte de la madre.

De lo anotado anteriormente, con respecto a las mínimas modificaciones que se hicieron a este código en lo relativo al ejercicio de la patria potestad y de la custodia, no encontramos otras de naturaleza sustancial que hayan aportado mayores beneficios a los menores, por lo que podemos ver, esta regulación que se dio en el Código de 1884 no fue muy relevante, siendo muy poca la aportación en su contenido, lo que trajo como consecuencia la creación de más leyes que aportarían mejores beneficios a la familia, principalmente a los menores, para que complementaran en su totalidad todo lo relacionado con el ejercicio de la patria potestad y así poder tapar esas lagunas que aún existían en esta legislación y dar nuevos enfoques y puntos de vista en las siguientes legislaciones para regular todo lo relacionado con esta institución.

3.- Ley de Relaciones Familiares de 1917

Esta ley derogó entre otros, al Título Octavo Capítulos I, II, III del Código Civil de 1884, cuya idea fundamentalmente consistía en organizar a la familia, esta legislación al tratar de regular lo relativo al ejercicio de la patria potestad en sus artículos 238 al 261, consideró que ya no tenía sentido alguno en beneficiar al padre, estableciendo una marcada pauta al considerar los mismos derechos, tanto para la mujer como para el hombre, al decir que en cuanto al ejercicio de la patria potestad, ésta la debían de ejercerla conjuntamente ambos padres y que a falta de éstos la ejercerían el abuelo y la abuela, y

que en ningún caso se tenía que omitir a la madre, en virtud de que ella es la indicada y la mejor que conoce los sentimientos de sus hijos, bastando con esto para que no se le privara de tal derecho.

Por lo que toca a la regulación de los bienes del menor, anuló por completo esa división que establecían los anteriores Códigos, pues tenía la idea de que los peculios que implantó el Derecho Romano beneficiaban siempre al padre, por lo que tomó en consideración que los bienes del menor fueran administrados por los ascendientes que ejercieran la patria potestad, otorgándoles el derecho a disfrutar de la mitad del usufructo sobre tales bienes, dividida entre ellos como una compensación a tan difícil labor.

Pero, para entrar al estudio de la patria potestad en esta Ley, únicamente nos referiremos a los artículos que sufrieron modificaciones, puesto que ya fueron analizados en los anteriores Códigos, en virtud de que son copia original de las que tomó en cuenta esta nueva ley para regular lo relativo a la patria potestad de los menores, aunque cambió totalmente la numeración de éstos dispositivos.

Por lo tanto, el artículo 239 establece: "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquélla, según la ley".

Este precepto, señala una de las causas de terminación del ejercicio de la patria potestad en favor de los hijos menores, cuando éstos contrajeran matrimonio, pues a éstos se les considera emancipados; motivo por el cual, los padres no podían ejercer la patria potestad sobre ellos.

En cuanto al artículo 240, únicamente prevé la igualdad que debe de prevalecer entre los hijos, independientemente de que los padres sean o no casados, o

adopten a un menor.

Por lo que toca a los artículos 241 y 242 de dicho ordenamiento, establece que la patria potestad se debe de ejercitar ordenadamente, es decir, primero los padres y a falta de ellos los abuelos paternos, o en su caso los abuelos maternos, finalmente; pero si llegare a faltar alguno de ellos, continuará ejerciendo ese derecho la persona que le siga sucesivamente.

Los artículos 243 y 244 conciben obligaciones, tanto al hijo como a los padres, ya que en el primer caso el menor no debe de abandonar sin permiso de sus padres la casa en donde habita o por decreto de la autoridad; y en el segundo supuesto, la obligación que tienen los padres de corregir, educar y vigilar a sus hijos.

El artículo 245 deja abierta la disponibilidad que tiene la autoridad de dejar a favor de los padres, la facultad de acudir ante ellos, para el caso de que exista algún conflicto relacionado con el ejercicio de la patria potestad y demás deberes que tienen impuestos sobre los menores, siempre que se le ponga de conocimiento de tales hechos.

El artículo 246 indica una de las prohibiciones que tienen los menores de edad, el de comparecer ante las autoridades cuando sean partes en un juicio, así como realizar cualquier acto mediante el cual queden obligados frente a terceros, sin previo consentimiento de los padres o quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor.

Ahora bien, en cuanto a la regulación de los bienes, indica en su artículo 247 que: "Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a la prescripción de la ley. "En materia patrimonial se dispone que los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella.

teniendo la administración legal de los bienes que les pertenecen". (23)

De lo anterior, podemos decir que las personas obligadas y que conforme a la ley ejerzan la patria potestad se les considerará como los legítimos representantes de los menores y que ellos tienen la obligación de administrar los bienes que adquiera el menor, así como también tienen el derecho de gozar del usufructo de tales bienes, hasta que el hijo sea mayor de edad.

El artículo 248 en relación con el 241 de dicha ley, establece que las personas que ejercen la patria potestad sobre el menor, siempre tendrán la obligación de consultar con sus respectivos consortes, cuando realicen algún negocio tendiente a la administración de los bienes, debiendo contar previamente con el consentimiento de éste, o cuando exista conflicto deberá acudir ante la autoridad competente para llevar a cabo dicho acto en favor del menor. "Cuando se ejercite conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración". (24)

Por lo que toca a los artículos 252, 257 y 258, el legislador estableció una vez más otra prohibición, al decir que los que ejercen la patria potestad, no deben de gravar y enajenar los bienes del menor, ya sean muebles o inmuebles en perjuicio de éste; pero lo podrán hacer siempre y cuando sea de notoria necesidad y utilidad para el menor, debiendo contar de antemano con la autorización del juez, para que éste vigile el objeto al que se destina; tomando medidas necesarias para el aseguramiento sobre los bienes cuando tenga noticia de la mala administración, dichas medidas las tomará en cuenta

²³ *Ibidem* p. 530.

²⁴ *Ibidem* p. 530.

cuando lo haga saber la persona que ejerce la patria potestad o el propio menor cuando tenga la edad de catorce años.

Por lo que se refiere a las causas de extinción de la patria potestad, la encontramos regulada en el artículo 259, que establece:

- I.- Por la muerte de quien la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Por la mayor edad del hijo, y
- III.- Por la emancipación en los términos del artículo 475.

Por lo que toca a los artículos 260 y 261, indican como causas de la pérdida de este derecho: cuando el que la ejerce es condenado expresamente por pena que importe la pérdida de la patria potestad, o para el caso de que se maltraten con excesiva severidad a los menores, o bien cuando se les induzca a realizar conductas inmorales; pues en estos casos cuando llegue la noticia a los tribunales, estos pueden privar a quienes ejerzan ese derecho.

De lo anterior consideramos que esta legislación, tiende a dar un nuevo enfoque y evolución a nuestra legislación en materia familiar, creando un concepto amplio sobre esta institución de la patria potestad, imponiendo derechos y obligaciones no sólo a quienes se encuentran sujetos a ella, sino también a quienes la ejercen, e incluso imponiendo sanciones a aquellos que abusando del ejercicio de esta institución, maltrataran o indujeran a quienes se encuentran sujetos a la misma.

E.- La patria potestad y custodia de hijos nacidos fuera de matrimonio

En cuanto a este tema, trataremos de abordar la regulación que ha dado

nuestro derecho al ejercicio de la patria potestad de menores nacidos fuera de matrimonio; podemos decir en principio en cuanto a estos menores que los colocan en un plano de desigualdad con respecto a los nacidos dentro de matrimonio, ya que a éstos se les otorgaban mejores derechos que a los nacidos fuera de matrimonio, a lo que finalmente nuestra legislación les otorga los mismos derechos tanto a los hijos de matrimonio como a los extramatrimoniales, dejando atrás esa idea de discriminación que se hacía en contra de los que no tenían culpa alguna de nacer fuera de matrimonio.

1.- Código Civil de 1870

De lo expuesto anteriormente, este Código contempla y da diversos conceptos a los hijos, ya sea designándolos legítimos a los nacidos dentro de matrimonio y naturales a los que nacen fuera de matrimonio, y por último llamo espurios a los hijos que nacen de mujer soltera, es decir, de padre desconocido.

En cuanto a la legitimación de los nacidos fuera de matrimonio, también fue regulada por este Código, diciendo que en caso de subsecuente matrimonio o si éste se anulaba posteriormente, la legitimación subsistía, puesto que se consideraba que existía buena fe por parte de los contrayentes y esta surtía sus efectos legales en cuanto a los hijos que hubieran nacido; por lo que toca a los hijos nacidos por adulterio o por relación incestuosa, según este Código, perdían los derechos que habían adquirido por la legitimación, al igual que a los hijos espurios, también tenían derecho a heredar únicamente.

Ahora bien, de los derechos que les son otorgados a los menores ilegítimos no son preponderantes, ya que esta legislación sólo estableció prohibiciones, como

ejemplo podemos mencionar que no se permitía la investigación de la paternidad, excepto en los casos de raptó, violación o cuando el hijo se encontraba en posesión de estado de hijo.

2.- Código Civil de 1884

Este Código otorgó mayores beneficios a los hijos legítimos, anulando por completo esas distinciones que venía utilizando el anterior Código, de hacer la separación de hijos legítimos y naturales, ya que para esta legislación existía imposibilidad por parte de los naturales el de poder reclamar alimentos o de heredar a sus padres, en virtud de que el Código de 1870 prohibió rotundamente la investigación de la paternidad, ya que esto se reflejaba en la imposibilidad de que los hijos naturales llevaran el nombre de sus padres, por esta razón éste Código dio un marcado cambio a beneficio de los hijos llamados naturales, al permitirles la libre testamentificación para que pudieran ser reconocidos y a los espurios se les concedió el derecho a ser reconocidos por sus padres. Situaciones que sirvieron de base para los menores, principalmente a la familia, logrando con esto nuevos cambios en materia familiar.

3.- Ley de Relaciones Familiares de 1917

En cuanto a la regulación de la patria potestad de los menores nacidos fuera de matrimonio, como se dijo anteriormente, su creación vino a traer mejores beneficios a la familia, principalmente a los hijos, de cuyo contenido se habló en páginas anteriores; razón por la cual resulta innecesario repetir los artículos antes analizados, puesto que las

modificaciones que se hicieron fueron con el fin de no otorgar beneficios al padre, sino imponiendo sanciones a los que no ejercieran debidamente ese derecho en favor de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

4 - Código Civil de 1928

Por último y por lo que toca a nuestra legislación vigente, dio un marcado cambio a favor de los hijos especialmente a los hijos naturales, borrando por completo esa distinción que se daba a los hijos en las legislaciones anteriores, clasificándolos en dos formas, que son: los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, a los cuales se les concedieron los mismos derechos y obligaciones sin ninguna limitación, es decir, que los derechos otorgados a los padres que tuvieran hijos sin estar previamente casados, tenían ya el derecho de reconocer voluntariamente a sus hijos, así como también se les permitió a los naturales la investigación de la paternidad. “Otra aportación valiosa fue la equiparación de los hijos habidos fuera de matrimonio y los llamados legítimos. Se procuró darles los mismos derechos, calificando, diríamos nosotros a los padres de ilegítimos y no a los hijos”. (25)

Ahora bien, de lo narrado anteriormente podemos hacer notar, como lentamente se fue dando esa modificación en favor de los hijos que nacían fuera de matrimonio, desde el Código de 1870 que no otorgó beneficios, sino prohibiciones hacia esta clase de hijos, hasta el total cambio que marcó nuestra legislación vigente al estar en favor de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

²⁵ GUTTRON FUENTEVEJIA, *Juan*, op. cit., p. 110.

Al analizar esta Ley, hemos concluido nuestro primer capítulo del presente trabajo, por lo que analizaremos la patria potestad en nuestro Derecho Civil vigente dentro del siguiente capítulo, pero no sin antes señalar que lo anotado anteriormente es sólo una parte de lo que es la patria potestad en sus diferentes épocas y legislaciones, en virtud de que existe una basta información por lo que al tema se refiere, motivo por el cual no fue posible plasmarla en su totalidad, ya que sería interminable el dar una explicación general de lo que es la patria potestad.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA

A.- Definición de patria potestad

Nuestra legislación vigente no nos da una definición exacta de lo que es la patria potestad, pero de su articulado se desprenden diversas interpretaciones que dan varios tratadistas para explicarla, pero antes de definirla, podemos decir primeramente que esta institución proviene del "latín *pater*, a, um, lo relativo al padre, y *potestas*, potestad". (26)

Esta institución la encontramos regulada dentro del derecho de familia, cuya esencia radica fundamentalmente en otorgar derechos y obligaciones en forma recíproca para quienes la ejercen y para quienes están bajo de ella, situaciones que tomaron en consideración diversos doctrinarios para definirla, como lo son:

Rafael de Pina la define como "El conjunto de facultades que supone deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria". (27)

La opinión que nos da este autor, nos parece más bien un concepto de lo que es dicha institución, por lo que se considera incompleta, ya que de su contenido no habla

²⁶ DE IBARROLA, Antonio *"Derecho de Familia"*, 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 1993, p.441.

²⁷ PINA, Rafael de *"Elementos de Derecho Civil Mexicano"*, Introducción, Personas, Familia, Tomo I, 19a. Ed. Edit. Porrúa México, 1995 p. 373

de la emancipación de los menores. de las personas que deben ejercerla. en conclusión no es la más apta para poder explicar dicha institución.

Por lo que toca a la maestra Sara Montero Duhalt, la define diciendo 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". (28)

La anterior definición, prevé los derechos y obligaciones que deben tener los padres sobre sus hijos por el sólo hecho de su concepción. pero de igual manera que la anterior se olvida de los hijos menores no emancipados.

El Doctor Galindo Garfias la define como a "La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad. no emancipados". (29)

Esta conceptualización que realiza este doctrinario nos parece la más adecuada. ya que en breves lineas. nos explica que son los progenitores quienes deben cumplir con las obligaciones que tienen para con sus hijos que no hayan contraído matrimonio. pero cabe aclarar que esta definición hubiera sido más completa si se hubiera referido a los ascendientes del menor hijo.

La doctrina analiza el contenido jurídico de las potestades que encierra la patria potestad para poder explicar y entender lo que es la misma. por lo que se concluye que esta institución debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas. no como

²⁸ MONTERO DUHALT, Sara. *"Derecho de Familia"*. 5a. Ed. Edit. Porrúa. México, 1992. p. 339.

²⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *"Derecho Civil"*. Primer Curso. Parte General Personas Familia 15a. Ed. Edit. Porrúa. México, 1997. p. 668

derechos, sino como potestades que pueden traducirse en el cuidado, alimentación, administración, educación, de responder civilmente de los daños que causen los menores a terceras personas, etcétera; situaciones de posibilidad y necesidad que tienen los padres para con sus menores hijos que no estén emancipados; deberes que se pueden sancionar conforme a las leyes civiles para modificar la autoridad paterna en caso de incumplimiento de dichos deberes, debiendo tomar en cuenta la autoridad judicial a los demás ascendientes para otorgarles el ejercicio de la patria potestad en estos casos.

B.- Definición de custodia

Al igual que la patria potestad, no está contemplada su definición en forma precisa, ya que la misma la encontramos en forma dispersa dentro de diversos artículos de nuestro Código Civil vigente, debido a que no cuenta con una regulación específica dentro de dicha legislación, pero existen diversos autores que tratan de definirla, pero antes de exponer sus ideas, diremos que etimológicamente la palabra custodia "proviene del latín custos que significa guarda o guardián y ésta a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare, que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa". (30)

Una vez expresado lo anterior, citemos al maestro Abouhamad Hobaica que la define de la siguiente manera, en "Lato Sensu se entiende por guarda, etimológicamente el cuidado, la conservación de la cosa. Trasladada esta concepción al derecho de familia adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, dirección y vigilancia de los menores en el

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, 1a Ed. Edit. UNAM Mexico, 1983, p. 383.

lugar escogido por los padres, en interés del hijo y en interés público". (31)

De la anterior definición podemos decir que la custodia a principios se refería al cuidado y conservación de la cosa cuando se dejaba a un tercero como depósito: pero como no es el caso en estudio, diremos según este autor que la custodia es un derecho que le asiste a los progenitores para conservar al hijo a su lado, en su propio hogar y el de cuidar, educar y vigilar su persona y bienes.

Ahora bien, la custodia la podemos entender como la posesión física y material del menor que los padres deben tener para realizar conjuntamente los derechos y deberes que la patria potestad confiere a los progenitores por el solo hecho de la procreación, deberes que se deben entender como la guarda, cuidado, vigilancia, educación, y alimentación del menor, situaciones para que surjan en beneficio del hijo, es de suma importancia que éste se encuentre al lado de sus padres bajo el mismo techo, siendo ésta la única manera para que los padres puedan velar siempre por los intereses del menor.

C - Naturaleza jurídica de la patria potestad

Como se dijo anteriormente, la esencia principal de la patria potestad consiste fundamentalmente en otorgar derechos y obligaciones en forma recíproca, para quienes la ejercen y para los que están bajo de ella. "Respecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, es el corolario natural del principio de igualdad del marido y la mujer.

³¹ ABOU HAMAD HOBAICA, Chibly, "El Juicio Sobre el Derecho de Guarda", Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Año XXIII, No. 112, Abril-Junio, 1960, p. 20.

dentro del seno de la familia". (32)

Ahora bien, y de lo expuesto en el capítulo anterior podemos decir que la patria potestad de los menores no nace exactamente por la celebración del matrimonio o por la unión libre de los padres, sino más bien, ésta surge del derecho fundado en la naturaleza en relación directa con la procreación de los hijos, es decir, que ésta surge de las relaciones paterno filiales existentes entre padres e hijos, independientemente de que los progenitores hayan o no contraído matrimonio. Pero en este último caso, los progenitores que viven juntos, ambos ejercerán conjuntamente esos deberes que les impone la patria potestad, de la que nunca ni jamás podrán renunciar unilateralmente a ese derecho fundado en la naturaleza, ya que si así fuera, se lesionarían los derechos e intereses del menor. "No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio". (33)

Para poder entender lo que es la relación paterno filial, explicaremos primeramente qué se debe de entender por filiación: en lato sensu, se considera como el vínculo jurídico que existe entre los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, y por último la filiación en estricto sentido es la relación que existe entre el progenitor y los hijos. Para esto el tratadista Antonio de Ibarrola opina: "Hemos de considerar a la filiación como un hecho natural y como un hecho jurídico. Como hecho natural existe siempre en todos los individuos, es siempre un hijo de padre y madre, no así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación, y la paternidad es difícil de comprobar". (34)

³² GAIJINDO GARFÍAS, Ignacio *op. cit.* p. 674.

³³ *Ibidem*, p. 675.

³⁴ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* p. 356

Ahora bien, la naturaleza jurídica de la patria potestad se ha hablado mucho al respecto, ya que diversos estudiosos del derecho han considerado que no es correcto se le denomine "patria potestad" como actualmente se le conoce, en virtud de que como se desprende del contenido de nuestra ley, no le da tal categoría de poder o facultad que se le otorga únicamente al padre, sino más bien a ambos padres, concluyendo finalmente, que a la patria potestad se le debe considerar como una de las funciones básicas que se ejerce sobre los menores, ya sean legítimos o naturales, la cual ha venido evolucionando, dejando atrás ese poder autoritario que imperó en Roma, hasta que logró por fin a estar en favor de los hijos, previa intervención y vigilancia de la autoridad.

Como se dijo, anteriormente, la patria potestad es un cargo de derecho privado fundado en la naturaleza de las relaciones paterno filiales existentes entre los padres e hijos, de las cuales no se pueden renunciar individualmente, puesto que si así fuera, se atentaría en contra del orden público y aún más en perjuicio de los menores; aunque podemos decir que la misma puede perderse en los casos que la ley señala, pero no por esta razón se puede dejar de cumplir con los deberes y derechos que la misma impone a cargo de los progenitores.

La patria potestad está conformada por un conjunto de poderes, en el entendido de que a los padres se les concierne la obligación de cumplir con los deberes que tienen con respecto a los hijos, por esta razón, dentro de la naturaleza jurídica de esta institución encontramos que la patria potestad es un cargo de derecho privado, mismo que se ejerce en interés público.

D - Efectos jurídicos de la patria potestad

En cuanto a este punto diremos que se encuentran debidamente regulados en su artículo 395 del Código Civil para el Estado de México, que dice de la siguiente manera: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social en el Estado".

Además comprende derechos y en su mayoría deberes que se traducen en la guarda, educación, representación, vigilancia, asistencia, etcétera; que están debidamente regulados en dicho ordenamiento.

Por esta razón, inicialmente explicaremos los efectos de la patria potestad respecto a la persona de los hijos menores, excluyendo a los que son mayores de edad y a los emancipados, por no ser el tema en estudio

Al respecto dispone el artículo 393 del Código Civil del Estado de México que: "Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Este deber tiene su base fundamentalmente en la moral, la que siempre debe estar presente en las relaciones paterno filiales. Por esta razón, la familia como célula básica de la sociedad requiere forzosamente que las relaciones entre sus miembros descansen sobre un principio de respeto y consideraciones mutuas, independientemente de la edad que tengan los menores, pues éstos deben en cualquier momento de respetar y honrar a sus padres y demás ascendientes, aunque esta obligación impuesta a los hijos por este precepto, no se acaba por la mayor edad de estos, ya que siempre tendrán en lo futuro el deber de obediencia para con sus ascendientes, quienes ejercen la autoridad paterna sobre los hijos.

Cabe aclarar que este precepto únicamente se refiere a la obligación que tienen los hijos para respetar a sus ascendientes, omitiendo por completo que también son los ascendientes quienes tienen el mismo deber que los menores hijos, ya que las relaciones entre ellos debe imperar el respeto y consideraciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 411 del Código Civil del Distrito Federal reformado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997.

“En el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia” (35)

De lo anterior podemos decir, que dicho precepto tiene un contenido de carácter moral, el cual es fundamento ético de las relaciones paterno filiales, por tal razón no podemos considerarlo como un efecto de la patria potestad.

Por lo que toca al artículo 394 del mismo ordenamiento civil, establece 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”.

La patria potestad por ser una institución de derecho privado y de interés público, siempre estará a favor de los menores, puesto que los padres tendrán la obligación de ejercerla, pero en el caso de que falte alguno de ellos la ejercerá el que quede; pero si por algún motivo llegaren a faltar ambos, les corresponderá a los abuelos paternos y/o maternos según sea el caso ejercerla, ya que ellos son los indicados para

³⁵ GALINDO GARFÍAS, Ignacio *op. cit.* p. 679.

velar por los intereses de los menores que no han contraído matrimonio.

Además de este precepto se desprenden dos supuestos que se toman en consideración para establecer quiénes se encuentran bajo la patria potestad, que son: primero, que el hijo sea *menor de edad*; y segundo, que siendo menor edad no se encuentre emancipado.

El artículo 395 indica que: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social del Estado".

Respecto a la guarda y educación de los hijos que se encuentran sujetos a la patria potestad, son los padres quienes están a su cargo el de orientar sus actos, pues para el caso de que los menores cometan un ilícito, son los padres o la persona que los tenga bajo su guarda, responsables de los actos que realicen, obligándose éstos a pagar los daños y perjuicios que ocasionen a terceras personas.

El artículo 396 de este Código, dispone que: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y abuela maternos".

Este precepto, al igual que las anteriores legislaciones aún utilizan esa diferenciación de los hijos nacidos de matrimonio con los que no han nacido dentro de él, ya que se olvida por completo que los hijos son iguales ante la ley independientemente de

que hayan o no nacido dentro de matrimonio.

La patria potestad por ser una función de derecho privado y de interés público, primeramente los que son llamados a ejercerla son los padres del menor, aquí podemos decir que los derechos y obligaciones, tanto para el hombre y la mujer son iguales, puesto que éstos les son reconocidos por la ley, al concederles autoridad y consideraciones iguales, ya que ambos soportarán las cargas y demás deberes que la ley les marca para el mejor cuidado de los menores. "Corresponde a ambos padres y no al padre solamente, porque, según la moderna concepción, la madre es igual al padre en relación con el hijo; como a la madre le deben respeto y obediencia..." (36)

De lo anterior, también recaen en los abuelos los mismos deberes, ya sean paternos o maternos, cuando la ley les reconozca el ejercicio de tal derecho en beneficio de los menores hijos. En este supuesto que la ley utiliza no se está de acuerdo que sean los abuelos paternos quienes primeramente tengan el ejercicio de la patria potestad, dejando a los abuelos maternos en segundo término, ya que no debe de tomarse en cuenta este orden, puesto que se atenta en contra de los intereses del menor, en el caso de que los abuelos paternos no sean aptos para ejercer la patria potestad del menor; por tal motivo, debería ser facultad del juez de lo familiar en determinar a quien de los abuelos corresponde dicho ejercicio, procurando que no se dañen los intereses del menor, tal y como lo prevé el artículo 414 del Código Civil del Distrito Federal reformado.

En cuanto al artículo 397 indica que: "Cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 362 y 363".

³⁶ DR. RUGGIERO, Roberto. *"Instituciones de Derecho Civil"*. Tomo II. Vol. 2o. Instituto Editorial Reus Madrid 1978, p. 233

En este supuesto, los padres que no estén casados civilmente, tienen la obligación de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, por el sólo hecho de procrearlos, ahora bien, hay que distinguir lo que es la patria potestad y la custodia de los menores, pues si los padres viven separados y los dos han reconocido al hijo en el mismo acto, ambos se pondrán de acuerdo sobre quién de ellos ejercerá la custodia, pero los dos seguirán conservando el ejercicio de la patria potestad sobre el menor, y para el caso de que existiere conflicto en cuanto al ejercicio de la custodia, el juez de primera instancia, oyendo al Ministerio Público y con audiencia de los interesados, resolverá lo más conveniente a los interés del menor hijo.

Por lo que se refiere al artículo 398 que dice: "En los casos previstos en los artículos 362 y 363, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad, alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro".

Como se dijo anteriormente, la ley ha considerado de igual manera a los hijos, tanto a los que nacieron dentro de matrimonio como a los que nacen fuera de él; y a pesar de que a estos últimos no los prevé de manera enunciativa en el artículo 396 del mismo ordenamiento civil deben tomarse en cuenta, disponiendo que si alguno de los padres dejare de ejercer la patria potestad, entrará el otro en su lugar y a falta de éste, corresponderá a los que sigan en el orden establecido por la ley, tomando siempre en cuenta las circunstancias del caso. Este supuesto ha sido criticado, por tal razón nos remitimos al artículo 396 antes comentado.

Por lo que toca al artículo 399 dispone que: "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 siempre en cuenta los intereses del hijo".

En este precepto existe un acuerdo de voluntades entre los padres: pues debe de tomarse en cuenta, ya que las relaciones entre ellos se desarrollan en la intimidad y nadie mejor que ellos saben cuales son los intereses de los hijos. aquí es exactamente en donde no debe de intervenir la autoridad judicial por no existir conflicto entre los padres: pero para el caso de que los haya, el juez será el indicado quien resolverá sobre la situación de los hijos.

El artículo 400 señala que: "A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 396".

En este supuesto, cuando faltan los padres y como se dijo en líneas atrás, son los abuelos paternos o maternos, según sea el caso, quienes provean a las necesidades del menor, como lo son los factores educacionales y morales que recaerán directamente en su formación y preparación.

El artículo 402 indica que: "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 faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

A falta de alguno de los padres, el otro indudablemente la ejercerá en su totalidad, pero si de igual manera dejara de ejercerla, son los abuelos a quienes les corresponde hacerlo, y a falta de uno de ellos por cualquier circunstancia el otro la ejercerá: de esta manera se ve como la patria potestad siempre tiene que recaer en alguien, primeramente desde los padres hasta los abuelos, ya sean paternos o maternos, según los intereses del menor.

Por esta razón, el artículo 403 dispone: “Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente”.

En este precepto existe un impedimento a cargo del hijo menor, ya que mientras no cumpla con la mayoría de edad no podrá abandonar la casa de sus padres sin su consentimiento. Esta es una de las razones fundamentales que el legislador tomó en cuenta para considerar que al cumplir con la mayoría de edad se tiene una mejor capacidad de decisión, es por tal razón que el hijo aguarde en la morada de sus progenitores hasta que obtenga dicho privilegio. Su fundamento lo encontramos también en el artículo 32 fracción primera que dice de la siguiente manera: “Se reputa domicilio legal: 1.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto”.

Este deber que la ley impone al menor hijo de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o previo decreto de la autoridad competente que así lo ordene cuando se encuentre en peligro su salud o moralidad, el sujeto a la patria potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes la ejercen sobre él, que normalmente es la misma habitación en donde los progenitores ejercen sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. “Que el domicilio legal del menor de edad sea el de las personas a cuya patria potestad está sujeto, es una natural consecuencia del deber impuesto al hijo de convivir con quienes ejercen aquella función”. (37)

Por lo que toca a la obligación que tienen los padres hacia los hijos, se deja abierta la posibilidad de que éstos impongan reglas de conducta y de sancionar su incumplimiento, ya que pueden utilizar la fuerza física de manera mesurada para ser

³⁷ *Ibidem*, p. 682.

obedecidos; de igual manera existen sanciones para los que ejercen la patria potestad, ya que si bien éstos no realizan adecuadamente sus funciones tendientes al cuidado de los intereses de los hijos y si éstos hechos fueran del conocimiento del Presidente Municipal del lugar, lo tendrá que notificar al Ministerio Público, para que éste resuelva sobre el ejercicio de la patria potestad, tal y como lo dispone el artículo 404 que a la letra dice: “A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente”, así como también dispone: “Cuando llegue a conocimiento del Presidente Municipal o el Juez de Primera Instancia del lugar donde viva el menor que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda”.

Debe hacerse notar que este precepto en relación con el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal reformado, hace referencia a la autoridad administrativa, a quién el legislador le impone de igual manera la obligación de poner del conocimiento al Ministerio Público que los que ejercen la patria potestad no cumplen con sus deberes de cuidado y protección sobre los menores, para que promueva lo que corresponda. Supuesto que no se prevé en este artículo en comento, en virtud de que el legislador de dicha entidad no toma debidamente en cuenta la protección de los derechos del menor.

Ahora bien, la legislación civil no indica hasta que grado deben llegar los padres para educar o corregir a sus hijos, ya que únicamente dispone que “de manera mesurada...”, al respecto nos comenta el doctrinario Marcel Planiol; “El cuidado de la educación del hijo de la que están encargados los padres, necesariamente le concede sobre su persona un derecho de corrección muy extenso. Sin embargo, este derecho nunca ha sido definido, ni reglamentado de una manera precisa por el legislador”. (38)

³⁸ *PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. op.cit. p. 265.*

En cuanto a la formación y educación del menor, ésta implica necesariamente el desarrollo de su intelecto y de sus valores sociales, que hagan de él una *persona útil para sí mismo y para la sociedad; deberes que tienen los padres, además de alimentarlos y protegerlos.*

De lo anterior y en relación con el artículo 405 que dispone: “Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo”. Igualmente dispone que: “Las autoridades, en caso necesario auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna”.

De estas facultades que se deben de entender como obligaciones que tienen los padres, éstas derivan de la procreación misma de los hijos, por esta razón, son ellos a quienes únicamente les corresponde educarlos y formarlos tanto física como moral o intelectualmente, en atención de que el hijo convive y habita con ellos en la misma casa.

Aunado a lo anterior, los padres tienen la facultad de corregir al menor, el deber de educarlo, con el único propósito de evitar que ocasionen daños a terceros como para sí mismo, siendo éstos los responsables de los actos que realicen; tal y como lo dispone el artículo 1748 que dice: “Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su poder y habiten con ellos”.

Por esta razón, la autoridad debe de apoyar a los padres para que ejerzan debidamente sus funciones, cuando existan problemas que hagan imposible tal ejercicio, haciendo uso de medidas para que la convivencia entre los miembros de la familia sea estable.

Ahora pasaremos al estudio de los artículos que regula nuestra legislación civil, en cuanto a los efectos de la patria potestad en relación con los bienes de los hijos, y para tal efecto también establece derechos y obligaciones a favor de los padres que son de estricto cumplimiento, con el propósito de que no se perjudique el patrimonio de ellos, ya sea por el abuso del que la ejerce, o la negligencia de la autoridad de otorgar esa facultad a quien menos debe obtenerla.

De lo anterior, entraremos al estudio de los dispositivos que contemplan esos derechos y obligaciones, por lo que el artículo 407 establece: “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 les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código*”.

Este dispositivo señala que mientras tanto el menor de edad que no esté emancipado, estará bajo la potestad de sus padres, quienes a su vez tienen la obligación de administrar sus bienes, así como la representación que el menor deba tener en toda clase de actos. “La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor; porque parece evidente que aquél que desempeña esa función protectora, y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar al cabo por su estado de minoridad”. (39)

En cuanto al artículo 408 establece que: “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

³⁹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *op. cit.* p. 683

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”.

Los bienes que adquiera el menor de cualquier otra forma que no sea por su trabajo, su administración corresponderá a aquéllas personas que conforme a la ley ejerzan la patria potestad, además dispone que alguno de ellos sea el administrador previo acuerdo entre los progenitores, esto con la finalidad de que el designado consulte con el otro en aquéllos casos que sean más primordiales para la administración de los bienes del menor que no sean los que adquiera por su trabajo. “La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo” (40)

El artículo 410 indica que: “Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

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

La idea principal en este dispositivo consiste en diferenciar los bienes que el menor adquiere para poder indicar sobre qué bienes a los padres les corresponde el usufructo y la administración.

El artículo 411 indica que: “Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 684.

En esta disposición, el legislador creyó capaz al menor para adquirir sus propios bienes, por esta razón le otorgó la administración, propiedad y usufructo, pero estableció algunas restricciones, debiendo contar con la autorización judicial para el caso de que el menor quisiera venderlos, hipotecarlos o gravarlos, pues para esto se requiere de un tutor para que realizara estos actos a nombre del menor.

El artículo 412 establece que: "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto".

Este tipo de bienes que adquiere el menor por herencia, legado, donación o por don de la fortuna, son de su exclusiva propiedad. En cuanto a la administración de aquellos bienes y la mitad del usufructo corresponderán a los que tienen la patria potestad, pero si son los dos progenitores que la ejercen conjuntamente, esa mitad del usufructo se subdividirá entre ellos conforme a la ley.

El artículo 415 indica que: "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 deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

Mientras tanto los que ejerzan la patria potestad no tengan la posesión sobre los bienes y no han realizado en ellos actos de administración que hagan posible la justificación a tener derecho al usufructo, no podrá tener derecho alguno sobre éste.

El artículo 416 establece que: "El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que la 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".

Las obligaciones aplicables a los usufructuarios, también se aplicarán a aquellas personas que ejercen la patria potestad y tengan derecho al usufructo de los bienes del hijo, pero con algunas excepciones aplicables, como la de no otorgar fianza, pues en este caso se considera que el ejercicio de la patria potestad se justifica por aquellas razones de afecto y de interés que tienen los padres hacia sus hijos, más no así su propio interés, ya que en algunos casos cuando peligra ese derecho del usufructo se le exige dicha garantía.

El artículo 417 dispone que: "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".

En éstos supuestos se indica que al menor se le considerará como emancipado cuando por disposición de la ley o por voluntad del que ejerce la patria potestad, administre sus propios bienes, pero con las restricciones que marca la ley, como la de enajenar, gravar o hipotecar, en virtud de que estos últimos sobrepasan los límites de la administración.

El artículo 418 establece que: “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, y previa la autorización del juez competente”.

Esta prohibición que tienen los que ejerzan la patria potestad, como la de enajenar los bienes del menor, tiene como propósito la conservación de los bienes a favor del menor, aunque puede darse el caso de que sea necesario disponer de algunos bienes del hijo, pero únicamente se realizará previa autorización del juez quien justificará esa necesidad a favor del menor.

El artículo 419 establece que: “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”.

Con relación al anterior precepto y cuando la autoridad otorgue la facultad a los que ejerzan la patria potestad, de enajenar y gravar alguno de los bienes del hijo, éstos deberán probar ante el juez las utilidades a que fueron destinadas.

Esta es una de las limitaciones que la ley impone a los que ejercen la patria potestad, porque pone en peligro los intereses individuales del hijo, así como del interés público.

El artículo 420 indica que: “El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos:

II.- Por la pérdida de la patria potestad:

III.- Por renuncia”.

El derecho de usufructo que tienen los que ejercen la patria potestad, respecto de los bienes de hijo, se extingue, primeramente cuando se acaba el ejercicio de la patria potestad, es decir, cuando el menor se emancipa o sea mayor de edad, disponiendo libremente de su persona y bienes; en cuanto a la forma de perderse la patria potestad, está será única y exclusivamente declarada por decisión judicial mediante una sentencia que así lo indique, en donde los efectos de dicha resolución sólo surtirán en contra de la persona a que fue condenada a su pérdida, subsistiendo el ejercicio de la patria potestad, así como el derecho de usufructo a la parte no culpable. Por último y en cuanto a la renuncia del usufructo por parte de los que ejercen la patria potestad, trae como consecuencia para ambos progenitores, la extinción a ese derecho. Pero por otro lado, únicamente surtirá sus efectos para aquel progenitor que haya renunciado al derecho de usufructo más no así respecto del otro progenitor.

El artículo 421 dispone que: “Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos”.

Esta es una de las obligaciones más importantes cuando se termina el ejercicio de la patria potestad. Como todo administrador de bienes, los padres tienen que rendir cuentas las veces que se le requiera por la autoridad, además por no existir plazo para cumplir esta obligación, casi siempre se hace cuando concluye definitivamente dicho ejercicio.

El artículo 422 indica que: “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”.

Este precepto tiene aplicabilidad en relación con el siguiente artículo, puesto que si los progenitores no ejercen debidamente sus obligaciones a favor del menor, el juez podrá asignar a uno o varios tutores según sea el caso, para que representen al menor, cuando se entablen en contra de sus ascendientes algún juicio que afecten, ya sea a la persona o bienes del menor.

El artículo 423 dispone que: “Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan”.

En este caso, cualquier interesado del menor, el Ministerio Público o los jueces, cuando tengan conocimiento de que los padres atenten en contra de la conservación del patrimonio o tengan un interés contrario al menor, éstos podrán obligarlos a que reparen los daños que causen al que está bajo su potestad, debiendo imponerles correctivos que hagan posible la restitución de los daños causados a los intereses del menor.

Y por último, el artículo 424 indica que: “Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen”.

Como se verá en el siguiente artículo, a que se hace referencia en el último punto de este capítulo, que establece los modos de extinguirse la patria potestad y en relación con este precepto, distinguen las modalidades cuando el hijo una vez que se emancipe o cumpla la mayor edad, sus padres tienen el deber de hacerle entrega de todos

sus bienes, en virtud de que a éste se le considera capaz de tomar decisiones y gobernarse por sí mismo.

En cuanto a los modos de acabarse y suspenderse el ejercicio, como efectos de la patria potestad, podemos decir inicialmente que a veces pueden ser benéficos o perjudiciales para los hijos; pero, para su estudio lo haremos más adelante en uno de los puntos finales a que se refiere este capítulo, para evitar se repita este tema que nos ocupa.

E.- Personas que ejercen la patria potestad y custodia de menores de padres separados

En cuanto a este punto existe una notable diferencia, por lo que toca al ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de que el artículo 396 del Código Civil del Estado de México dispone que: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III - Por el abuelo y abuela maternos".

Este precepto hace alusión únicamente al ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos nacidos dentro de matrimonio, omitiendo totalmente a los hijos que no tuvieron la fortuna de nacer dentro de matrimonio, dejando con esto ciertas dudas al considerar de que si tienen o no los mismos derechos y obligaciones que los de matrimonio; al respecto podemos manifestar que aunque expresamente no lo dispone dicho precepto debe tomarse en cuenta que el legislador trata de equiparar a los hijos

nacidos de matrimonio con los que no nacieron dentro de él. aunque repito pueden surgir algunas dudas como por ejemplo: que los primeros antes de nacer ya tienen asegurado su futuro para el caso de que llegaren a faltar sus padres. en este caso el hijo está respaldado por sus abuelos. ya sean los paternos o maternos: situaciones que no previó a favor de los segundos. ya que si bien los padres que procrearon al menor llegaren a fallecer surge la duda de quién o qué persona va a hacerse cargo de las obligaciones que impone el ejercicio de la patria potestad: en tal virtud. se considera que este artículo debe referirse a los menores en general para que sea aceptable el sentido que quiso dar el legislador a beneficio de los hijos nacidos de matrimonio. sino también a los extramatrimoniales. pues tomó definitivamente a éstos en este precepto. quienes son los menos culpables de su procreación. por esta razón debe de tomarse en general a los hijos independientemente de que los padres hayan o no contraído matrimonio. tal y como lo prevé el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 414 reformado. ya que anteriormente hacía referencia únicamente a los menores nacidos dentro de matrimonio sin tomar en cuenta a los extramatrimoniales. y ahora contempla a todos los hijos con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1997.

Por otro lado. podemos decir que el artículo 397 de este ordenamiento. establece que: "Cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos. ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 362 y 363".

Este artículo al tratar de regular lo relativo a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. prevé dos circunstancias que al mismo tiempo dan solución a los problemas que se susciten en cuanto al ejercicio de la patria potestad: por un lado. como es el caso de los progenitores que hayan reconocido al hijo en el mismo momento y no vivan juntos. ambos se pondrán de acuerdo quién ejercerá la patria potestad y para el caso de que surgieren conflictos entre ellos. resolverá el juez oyendo previamente a los

interesados y al Ministerio Público, artículo 362.

Y por otro lado, cuando el reconocimiento del menor se haya hecho sucesivamente, ejercerá la patria potestad el que haya reconocido primeramente a ese menor, dejando también abierta la posibilidad de que intervenga la autoridad correspondiente para resolver los conflictos que surjan en cuanto al ejercicio de la misma, artículo 363.

De lo antes expuesto: considero que el legislador confunde lo que es la patria potestad y la custodia, olvidándose plenamente de la naturaleza jurídica de la patria potestad, pero antes de emitir nuestra opinión diremos que este punto será analizado minuciosamente en los capítulos siguientes, para concluir definitivamente a quién de los padres le corresponde ejercer la custodia y no como erróneamente se establece en los preceptos antes expuestos al hablar de la patria potestad.

Artículo 399, dispone que: "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 siempre en cuenta los intereses del hijo".

Por otro lado, y para el caso de que si los padres estuvieran impedidos para ejercer la patria potestad, les seguirán en el orden preestablecido por la ley, como lo son los abuelos, tanto paternos como maternos, en este caso existe una notable diferencia favorable para los menores, ya que como se verá más adelante, al juez se le otorgan facultades para determinar qué ascendientes entrarán a ejercer la patria potestad, tomando en consideración las aptitudes tanto de unos como de los otros, es decir, para determinar quiénes tienen mayor aptitud para cuidar de la persona del menor, así como para administrar sus bienes, tomando en cuenta la solvencia económica y moral con la que

tengan los abuelos.

Por lo que se refiere a la custodia de los menores nacidos fuera de matrimonio, la tendrán aquéllas personas que tengan la posesión del menor, es decir, a los ascendientes de los progenitores que tengan conforme a la ley el ejercicio de la patria potestad, pues en este supuesto podemos decir que dentro de los derechos y obligaciones de la patria potestad encontramos implícito la guarda y vigilancia del menor, ya que si bien es cierto, las personas que *no tengan la guarda y custodia del menor* difícilmente podrán cumplir con su educación, cuidado, vigilancia, etcétera: puesto para que surjan estas circunstancias forzosamente se requiere que el menor conviva al lado de la persona más apta para poder desempeñar debidamente las funciones de la patria potestad y por ende su custodia.

1 - Derechos deberes que integran la patria potestad

Para poder entrar al estudio de este tema, es conveniente recordar el contenido de la naturaleza de la patria potestad, por tal motivo el Doctor Galindo Garfias establece diciendo que: “La patria potestad, tiene un contenido de orden natural (la procreación), y aveces afectivo (la adopción) de carácter ético (el poder de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad)”. (41)

Del anterior concepto, se puede ver primeramente que la patria potestad tiene su origen en la procreación de los hijos, hecho natural del hombre que lo lleva

⁴¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio *op. cit.* p. 675

intuitivamente al cuidado y protección de sus descendientes, deberes que tienen que cumplir, para hacer del menor una persona capaz de sobrevivir por si mismo.

La patria potestad más que un derecho, es una potestad o un poder deber, es decir, un poder que el Derecho reconoce como presupuesto indispensable para el cumplimiento de un deber (el deber de amparo y educación); en tal virtud, los padres no tienen derechos sino deberes y el poder se confiere no para servir el propio interés sino para servir un interés ajeno. "La patria potestad no es un derecho que la ley concede a los padres, sino un derecho que la Ley reconoce a los padres. Los padres, respecto de sus hijos, tienen derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva".(42)

De la interpretación de los dispositivos establecidos en el Código Civil, señalan que los efectos de la patria potestad son en dos sentidos: primero, derechos y deberes con relación a la persona de los hijos, y segundo, derechos y deberes respecto a los bienes del menor.

En cuanto al primer grupo, se derivan las siguientes consecuencias jurídicas:

- a.- La guarda y custodia;
- b.- La consideración y respeto que los padres deben de dar a la persona del menor, así como el menor debe de dar respeto y consideración a sus padres;
- c.- El cuidado a sus necesidades fundamentales, así como a su preparación para el futuro;
- d.- El poder de corrección;
- e.- Facultades de representación.

⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. "*Derecho de Familia*". Madrid, 1989 p. 507.

En este grupo, la patria potestad atribuye a los padres, respecto de los hijos deberes y facultades: como por ejemplo, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y a procurarles una formación integral, estos deberes se complementan con las facultades que son correlativas a los deberes que la ley impone al hijo, como la de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, así como contribuir de acuerdo a sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia.

En cuanto al segundo grupo, surgen las siguientes consecuencias legales:

- a.- La administración de bienes del menor;
- b.- El usufructo legal.

Por lo que toca a este grupo, la patria potestad comprende, en general, los deberes y facultades relativos a la administración de los bienes del hijo, aquí los padres deberán administrar con cuidado esos bienes como si fueran suyos, ya que de esta manera cumplen con sus obligaciones como las de todo administrador. Por tal razón, y al cumplir con sus obligaciones los padres para con sus menores hijos, éstos serán compensados al hacer uso de los bienes del menor, es decir, tienen derecho al usufructo de los bienes del menor.

2.- Derechos deberes que integran la custodia

Diversos doctrinarios señalan, que cuando se otorga la custodia a los padres, también transfieren la guarda, educación, vigilancia, etcétera, de los hijos, misma que se traducen en deberes que deben de tener los progenitores para su cuidado, instrucción y principalmente, en la formación de buenos hábitos y principios morales que

posteriormente se verán reflejados en su conjunto dentro de la familia.

Para esto, el tratadista Castán Tobeñas opina que: “Los efectos de la patria potestad se traducen en derechos y deberes relativos a la guarda y dirección, dividiéndola en dos partes: deberes de los hijos, como es el de obedecer a sus padres y por otro lado, deberes de los padres en el que incluye el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía y educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna”. (43)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que integran a la custodia, son los siguientes:

a.- La guarda física: misma que se refiere al cuidado de la persona del menor; de proporcionarle una vida sana, de acuerdo a las posibilidades económicas que tengan los padres; la atención de su desarrollo corporal y de su salud.

b.- La guarda intelectual: que consiste en la educación que ha recibir el hijo en su cultura intelectual y manual, en la elección de una profesión, arte, etc.

c.- La guarda moral: misma que consiste en la vigilancia y cultivo de los principios éticos y religiosos, que han de guiarlo durante su vida, así como de estar al pendiente de su correspondencia y amistades que frecuenten al hijo.

Además de lo anterior podemos señalar los derechos y deberes que comprende la custodia como una de las funciones fundamentales para su ejercicio por parte de sus ascendientes, los cuales son los siguientes:

⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, Jose “Derecho Civil Español, Común y Foral”, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, 1955 p.41

a.- El deber de otorgar alimentos a los hijos menores, que se encuentra regulado por el artículo 291 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra dice: "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte, o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Además de los cuidados y obligaciones que tienen los padres para con los hijos: es entendida y se justifica plenamente por los motivos de que el hijo es menor e incapaz de bastarse por sí sólo: por esta razón, a los padres se les impone esta carga de alimentar a sus descendientes en la medida y posibilidad que éstos puedan otorgarlos.

Por esta razón, podemos decir que la fuente de estas obligaciones las encontramos dentro de esa relación paterno filial existente entre padres e hijos, en virtud de que es un hecho natural que deriva desde la concepción y de la cual *no existe renuncia alguna* a tales obligaciones por ser uno de los motivos fundamentales que se encuentran dentro de dicha institución.

b.- Las personas que tienen hijos bajo su custodia, corresponde a ellos únicamente la obligación de corregirlos, así como de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

c.- Para aquéllas personas que posean al menor, les son conferidas algunas facultades de representación, de las cuales podemos mencionar algunas: cuando el hijo o la hija que no sean mayores de edad no pueden contraer nupcias sin pleno consentimiento de sus progenitores cuando estuvieren vivos o en su caso del que sobreviva, y por otro lado, cuando la madre contraiga nuevamente matrimonio, esta conservará tal derecho si el hijo vive al lado de ella.

F. Naturaleza jurídica de la custodia

I.- Como un derecho

En la actualidad, la patria potestad y la custodia, cuyo elemento primordial y constitutivo es, que son instituciones creadas en beneficio, protección y cuidado de los menores, que se entienden como derechos a favor de los padres, esto se debe de entender que al ejercitar tal derecho, lo encontramos en la autoridad marital, patria potestad, custodia, tutela, etcétera.

Estos derechos subjetivos, al hacer u omitir la conducta no pueden ser obligatorias, cuando la omisión y acción se convierten en el contenido de un deber, el derecho subjetivo como posibilidad jurídica de hacer u omitir, desaparece.

Otra de las ideas que sirven de fundamento para que no se considere a la custodia como un derecho, es que ésta consista en una característica esencial de los *derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia*, la de que impliquen deberes correlativos, o bien constituyan a la vez derechos y deberes, lo que ha hecho que se les califique de derechos deberes, derechos función o poderes funciones.

De lo anterior se desprende que la custodia no se puede entender como un derecho, ya que la misma no se extingue en un sólo acontecimiento y mucho menos existe la libertad de ejercerla o no, además de que no incluye exclusivamente derechos, sino principalmente deberes.

2.- Como una función

El precepto función en sentido abstracto comprende cualquier actividad de un órgano, institución o persona con el carácter de funcionario, aunque este precepto se apega más en el ámbito del Derecho Público; por tal razón, este tipo de función no es el indicado por lo que al tema se refiere, en virtud de que ésta la prestan personas que laboran en alguna actividad o servicio público.

Ahora bien, esta función la trasladaremos al campo del Derecho Familiar y podemos decir que esta función debe entenderse como una obligación o deber que tienen los padres para con los hijos, en el entendido de que deben de realizar todos los cuidados inherentes a la guarda y custodia de los hijos. "En la familia, en cambio la individualización de los llamados a las funciones excluye, ya a priori, la idea de la libertad y de igualdad" y que además en esas relaciones "son llamados a la realización de una función, subordinados a un fin superior y en este caso la relación gravita sobre la afirmación de un deber". (44)

Se dice que la custodia es una función social, ya que quien tiene a un menor a su lado conviviendo a diario realizando una función protectora, de educación, cuidado, etcetera; podemos decir que es aquí exactamente en donde deriva este deber, es decir, la función que tienen los padres a favor de los menores, por tal razón, se dice que es una institución de interés público.

En cuanto a la patria potestad, esta fue considerada como una función en donde implica que la naturaleza de la custodia sea en su origen igualmente una función y

⁴⁴ CFCU, Antonio, *"El Derecho de Familia"*, Tr. Santiago Sentis Melendo, Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1947 p. 127.

que como estado de vida implique constantemente una finalidad de cumplimiento a favor de los descendientes.

G.- La custodia de los hijos como efecto de la patria potestad

Encontramos su fundamento en el artículo 405 del Código Civil para el Estado de México, que dispone: "...los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo..."

La obligación que tienen los padres sobre la persona del menor comprende primordialmente el derecho de guarda y dirección por un lado; y como consecuencia de esta función, la sanción de este atributo primordial que debemos entenderlo como el derecho de corrección por otro lado. En cuanto a este deber de guarda que supone como consecuencias la dirección y educación del hijo, el derecho o el deber de vigilar sus relaciones, de prohibir todo aquello que los padres crean conveniente para el sano desarrollo físico y moral de sus menores hijos, de velar por su instrucción, de observar su correspondencia; y por parte del hijo la obligación de no abandonar la casa de sus progenitores sin consentimiento de ellos con la finalidad de que éstos puedan responsabilizarse de los cuidados y demás obligaciones, principalmente la custodia y guarda del menor, ya que es muy importante la obediencia de los hijos para con sus progenitores.

Al referirnos al deber de guarda y cuidado del menor, debemos entenderla como la dirección que se otorga a los padres para el cuidado de la persona de los menores, y no referirnos a la administración de sus bienes o a su representación, puesto que el

derecho de guarda y dirección son una función que se otorgan a los progenitores para el debido cumplimiento de lo que es la patria potestad: por tal motivo, ese derecho lleva dentro de sí mismo un derecho de corrección; situaciones por la cual los hijos tienen el deber de obediencia y respeto para sus padres, aunque éstos finalmente tienen el derecho de castigarlos sin que se llegue al límite de abusar más allá de lo permitido, puesto que está sancionado por la propia ley.

La crianza del menor hijo es uno de los elementos que integran a la custodia, ya que la misma se encuentra vinculada con la educación de los hijos, pues para criar a un menor implica apoyarlo en su alimentación, a su crecimiento, educación, etcétera; para hacer de él un individuo útil para con sus semejantes, más nunca en su perjuicio y de los demás. Este factor es una de las bases que debe de prevalecer dentro de la familia.

En cuanto a la protección de los menores, es de suma importancia que los padres amparen y protejan a sus descendientes, esto debido a que éstos por su ignorancia no son capaces de cuidarse por sí mismos, ya que quien tiene la guarda y la custodia de los hijos incumbe la obligación de cuidarlo convenientemente, ya que de no hacerlo de esta manera los padres son los únicos responsables de conservar su integridad física y moral de los que están sujetos a ella.

Por lo que se refiere a la educación de los hijos, esta debe entenderse como una de las formas en que debe orientarse al educando, es decir, la forma en que los padres deban instruir a sus menores hijos teniendo el derecho y la obligación de orientarlos, supuestos que encontramos dentro de la patria potestad y que se interpretan como el deber que tienen los que tengan al menor bajo su custodia, que es el de educarlo convenientemente; además de la vigilancia que es otro factor importantísimo para el cuidado del menor, también la obligación que los padres o los abuelos ya sean paternos o

maternos quienes deban tener un trato amplio y directo respecto al cuidado de la persona del menor.

De lo anterior encontramos su fundamento en el artículo 395 del Código Civil del Estado de México, al establecer que: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores...".

Ahora bien, son los padres únicamente a quienes les corresponde realizar todas y cada una de las funciones a favor de sus hijos ya que ellos son los que tienen un trato directo y especial en cuanto a la persona y bienes del menor.

H - Derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos

Como se ha venido hablando anteriormente, la patria potestad surge de esa relación paterno filial que existe entre los progenitores hacia los hijos, hecho natural que concede a los progenitores la autoridad, el derecho y deberes que implican la guarda, cuidado, educación, vigilancia, etcétera; de sus hijos. Ahora bien, estos deberes y derechos que derivan de la patria potestad son un conjunto de poderes que deben de cumplir los padres, ya que esos derechos y obligaciones que les son otorgados van de la mano, puesto que el interés de los padres es el de vivir en armonía con los integrantes de la familia.

De lo anterior y en relación con el artículo 405 que dispone: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de

observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo". Igualmente dispone que: "Las autoridades, en caso necesario auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna". De estas facultades que se deben de entender como obligaciones que tienen los padres, éstas derivan de la procreación de los hijos, por esta razón, son ellos a quienes únicamente les corresponde educarlos y formarlos tanto física como moral o intelectualmente en atención de que el hijo convive y habita con ellos en la misma casa.

Aunado a lo anterior, los padres tienen la facultad de corregir al menor, el deber de educarlo, con el único propósito de evitar que ocasionen daños a terceros como para sí mismo, siendo éstos los responsables de los actos que realicen; como lo dispone el artículo 1748 que dice: "Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su poder y habitan con ellos".

Por tales motivos, son los padres a quienes incumbe la obligación de intervenir en su formación y educación del menor, esta implica necesariamente el desarrollo de su intelecto y de sus valores sociales que hagan de él una persona útil para sí mismo y para la sociedad; deberes que tienen los padres, además de alimentarlos y protegerlos, tanto de su persona como de sus bienes.

1.- Naturaleza jurídica de los derechos que tienen los padres sobre los hijos

Podemos decir que la patria potestad es un cargo de derecho privado, ya que los derechos y deberes que otorga la patria potestad a los padres, siempre deben de ejercerse en beneficio y a favor de los hijos debido a que esos derechos no fueron creados

para el interés de la persona que tiene la patria potestad sobre los menores, sino que por el contrario, estos derechos son creados para los titulares de la misma con el carácter de irrenunciable, imprescriptible e intransferible, debido a que la propia naturaleza jurídica de esta institución es también de interés público. Además debemos mencionar que estos derechos son de carácter personalísimo para el que la ejerce, puesto que ningún otro poder ajeno a los padres puede imperar sobre la persona del menor, teniendo como fundamento la engendración de los hijos. “Desde el punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo: quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo”. (45)

En tal virtud, tales derechos son los que importan a la sociedad, ya que la misma está interesada en que las relaciones existentes entre los padres e hijos se conserven y mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones.

2.- Contenido y efectos de los derechos que tienen los padres hacia los hijos

Respecto al contenido de los derechos que tienen los padres para con sus hijos, los encontramos dentro de ese hecho natural existente entre padres e hijos, es decir, el carácter afectivo, social y ético, existentes dentro del núcleo familiar.

Por lo que se refiere al carácter afectivo, podemos decir que es uno de los valores más importantes que prevalece en toda relación familiar, ya que es la base jurídica que toma en cuenta el legislador para establecer que ese afecto, cariño y sentimientos que los padres tienen para con sus hijos, son los más idóneos para que éstos se vean

⁴⁵ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *op. cit.* p. 675

comprometidos para cumplir con las obligaciones que les impone la guarda y custodia del menor que tienen a su lado, por esta razón, decimos que es uno de los contenidos fundamentales que conforman esos derechos, que se reflejan en la esencia natural de ser padres, además de que realicen eficazmente ese deber que les concede la patria potestad.

En cuanto al ámbito social de los derechos de los padres, es importante para la colectividad, el de que los padres cumplan con las obligaciones que existen en esa relación paterno filial, puesto que desde esos momentos a los progenitores se les otorgan facultades y deberes, mismos que constituyen una potestad de interés público.

Por último, y en cuanto al contenido ético de los derechos de los padres, este consiste fundamentalmente en el deber moral que debe imperar en la propia voluntad de los progenitores en atender primordialmente a las necesidades de sus hijos para su formación tanto física, moral e intelectualmente, situaciones que se verán reflejadas hasta que el menor cumpla su mayor edad y hagan de él una persona útil para la sociedad.

Por otro lado, y en cuanto hace a los efectos de los derechos de los padres hacia sus hijos, podemos establecer primeramente que su fundamento lo encontramos en el artículo 395 del Código Civil para el Estado de México, el cual dispone que la patria potestad tiene como efectos derechos y deberes hacia la persona y bienes de los hijos; en donde haremos mención que la guarda, cuidado, educación, vigilancia, alimentación, representación, son los elementos integrantes que conforman los efectos respecto de la persona del menor.

Ahora bien, la administración de los bienes, los réditos y rentas que conforman el patrimonio del menor, son los factores que intervienen para integrar los efectos en cuanto a los bienes del menor.

I - Extinción de la patria potestad

En cuanto a este punto, explicaremos los artículos que regulan los modos de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad como efectos jurídicos en cuanto al ejercicio de la misma.

Primeramente, y en cuanto a las formas de acabarse, el artículo 425 del Código Civil del Estado de México, establece que:

- I.- Con la muerte del que ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III.- Por la mayor edad del hijo”.

De lo anterior se concluye, que los supuestos a que se refiere este precepto tienen su base en la naturaleza propia del ser humano, es decir, por acontecimientos naturales que hacen imposible para los padres el de continuar ejerciendo la patria potestad del hijo, acabándose de esta manera totalmente los derechos inherentes a dicha institución, dejando finalmente al hijo valerse por si mismo. Aclarando que en la fracción primera, al no existir persona alguna quien ejerza la patria potestad, inmediatamente se le designará un tutor al menor para que cuide de su persona y bienes, y en cuanto al segundo supuesto, como ya se dijo en los puntos que anteceden, el menor al emanciparse sale totalmente de la potestad de los padres, pero con las restricciones de enajenar, gravar o hipotecar. “Ordenada a la protección del incapaz, tal potestad se extingue naturalmente cuando cesa la necesidad de protección, es decir, cuando el hijo cumple la mayor edad o cuando quien es investido de dicha potestad no es capaz o digno de ejercitarla”. (46)

⁴⁶ DE RUGGIERO, Roberto *op.cit.* p 242

Por lo que toca a las formas de perderse la patria potestad, el artículo 426 indica que,

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 dispuesto en el artículo 269.

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

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos: porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

Se hace notar inicialmente, que en cada una de estas cuatro fracciones se requiere forzosamente de una resolución judicial, mediante la cual se priva a uno o a ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad cuando encuadre dicha conducta en perjuicio del menor, supuesto que no indica el legislador en la redacción de dicho artículo: ya que debe referirse primeramente que: “la patria potestad se pierde por resolución judicial...”, tal y como lo prevé el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal reformado.

En cuanto a la fracción primera de este artículo debe hacerse una división, ya que se debe separar por un lado, la parte que indica: “Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho” en una fracción, y por otro lado, “Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave...”, en otra

fracción.

De acuerdo a las reformas que hubo al Código Civil del Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997, se agregaron dos fracciones más al artículo 444, obviamente a favor del menor: la primera de ellas fue lo relativo a la división que se señaló en la fracción antes comentada, y la segunda se refiere que: "Cuando el que ejerza la patria potestad sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor", siendo esta la fracción quinta del artículo antes señalado.

Supuestos que hacen falta en el contenido del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, para que de esta forma el legislador de esta entidad proteja a los menores separándolos de sus padres, cuando por su mala conducta perjudiquen su *seguridad, integridad física o moral*.

El artículo 427 establece que: "La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad".

El artículo 428 con relación al anterior, indica que: "El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior".

En relación con los preceptos antes citados, cabe mencionar que las posteriores nupcias que contraiga, ya sea el progenitor viudo o divorciado, por este sólo hecho no pierde el ejercicio de la patria potestad el padre que se casa o se una en concubinato, ni mucho menos lo atribuye a la persona que se une con el padre biológico.

El artículo 429 establece las formas de suspenderse este derecho, al decir que: "La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II - Por la ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión”.

En estos casos previstos por la ley, como ella misma lo señala es una suspensión temporal que surge mediante una resolución dictada por un juez de lo familiar, en donde declara la suspensión del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores por los razonamientos que prevé en esta disposición. Aunque en las fracciones primera y segunda puede recuperarse siempre y cuando desaparezca la incapacidad, o cuando se encuentre a la persona ausente. “La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante”; (47) y finalmente por lo que se refiere a la última fracción sólo se decretará cuando encuadren los supuestos previstos en el artículo 426 del Código Civil del estado de México, así como en los casos de divorcio cuando tengan como base alguna causal que declare disuelto el vínculo matrimonial.

El artículo 430 indica que: “La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tengan setenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño”.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 68”

Aquí el legislador estimó conveniente regular algunos supuestos a favor de aquellas personas que dada su edad avanzada o por enfermedades hagan imposible el desempeño de la patria potestad. puedan renunciar a este cargo de interés público. más no así lo pueden hacer las personas que por conflictos entre ellos convengan quién de entre ellos la va a ejercer. puesto que como se ha dicho en líneas posteriores. no se puede renunciar al ejercicio de la patria potestad del menor. ya que la misma nace del hecho natural de la procreación de los hijos y que obliga tanto moral y judicialmente a los padres a cumplir con los deberes que impone la patria potestad sobre el menor.

Cabe mencionar que de acuerdo a las reformas hechas al Código Civil del Distrito Federal a este capítulo. agrega un precepto más al mencionar otra forma de impedir el ejercicio de la patria potestad. al referirse a “la limitación” al ejercicio de este derecho. siendo este el artículo 444 bis. mismo que dispone que: “La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter de este Código. en contra de las personas sobre las cuales la ejerza”.

De lo anterior. es preciso que el Ordenamiento Civil del Estado de México. se actualice y tome conciencia nuestro legislador en cuanto a esta materia se refiere. ya que ante todo. debe tomar en cuenta que los derechos de los menores no se transgredan por los titulares de la patria potestad o quienes tengan la custodia del menor. ya que fundamentalmente se requiere de su intervención para la protección de los intereses de los menores.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS AL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

En el contenido de este capítulo se hará un análisis al artículo 362, ya que del mismo se desprende una mala interpretación en cuanto a la determinación de la patria potestad del menor cuando los padres viven separados, siendo éste uno de los puntos más importantes del presente trabajo al considerar que este dispositivo puede dejar muchas dudas en cuanto a su aplicabilidad en torno a la patria potestad, situación con la que no se está de acuerdo al interpretar el contenido de este precepto, pues el mismo deja abierta la posibilidad de que exista un convenio entre los padres para establecer quién de ellos corresponde el ejercicio de la patria potestad, supuesto que contraviene lo señalado en el artículo 426 fracciones I, III y IV de dicho ordenamiento, ya que es el juez de lo familiar a quien corresponde otorgar o en su caso condenar la pérdida de la patria potestad a uno de los progenitores en cuanto al ejercicio de tal derecho, basándose en las aptitudes, conductas, defectos y virtudes que tengan cada uno de los padres para designarle la patria potestad del menor y no dejarlo en manos de los propios padres, mismos que no están facultados para determinar entre ellos el ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, y de lo antes expuesto no es correcto que este dispositivo hable de un convenio para determinar la patria potestad, ya que la misma no puede estar sujeta a convenio entre las partes, por lo que se concluye que el legislador al hablar de la patria potestad, más bien debería de haberse referido a la custodia del menor; de la cual, dicha institución podemos decir que sí puede ser objeto de convenio entre los padres que viven separados, para que éstos puedan determinar a quien corresponde la guarda y custodia del menor y no como erróneamente lo dispone dicho artículo refiriéndose a la patria potestad.

A - Obligaciones de los padres que viven separados

1.- El ejercicio de la patria potestad

Como se ha explicado anteriormente, que son los padres quienes ejercen la patria potestad del menor; en tal virtud, al separarse, ambos continúan ejerciendo dicha función a favor del hijo, lo único que tienen que acordar es en cuanto a la guarda y custodia, supuesto que no prevé el artículo 399 del Código Civil del Estado de México que indica lo siguiente:

“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 este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo”.

Este precepto al igual que los artículos 362 y 363 del Código Civil del Estado de México, utiliza a la patria potestad como un derecho que tienen que resolver ambos progenitores de acuerdo a lo que mejor les convenga en cuanto al ejercicio de tal deber; por esta razón se estima que dicho dispositivo debe estar sujeto a reforma, conjuntamente con dichos artículos, por los razonamientos que más adelante se detallarán.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad surge por parte de la madre del sólo hecho del nacimiento del hijo, y respecto del padre, el reconocimiento voluntario en donde acepte ser su hijo, por esta razón, se derivan consecuencias jurídicas que revisten importancia en cuanto a los hijos, las cuales son las siguientes:

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

- a) A recibir alimentos.
- b) Lleven el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- c) A percibir porción hereditaria.

De lo anterior, cabe aclarar que para que surtan sus efectos las consecuencias señaladas, es necesario que los progenitores del hijo lo reconozcan, ya sea conjunta o separadamente, pues obliga a ambos padres a cumplir con los deberes que establece la patria potestad, tal y como lo dispone el artículo 347 del Código Civil del Estado de México. “La patria potestad como conjunto de derechos y deberes, cuya titularidad, potencialidad y ejercicio corresponde a los padres que han reconocido voluntariamente al hijo, cumpliendo así con el más elemental de los derechos y deberes de la paternidad”. (48)

El reconocimiento que los padres hacen de su menor hijo, casi siempre se lleva a cabo ante el Oficial del Registro Civil, pero existen además, otras formas de realizar el reconocimiento, y esto nos lo indica el artículo 351 del mismo ordenamiento, al decir que: “El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento ante el oficial del Registro Civil;
- II.- Por acta especial ante el mismo oficial;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por testamento;
- V.- Por confesión judicial expresa y directa”.

⁴⁸ LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. *“Derecho de Familia”*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984. p 348

Para efectos de una mejor interpretación del dispositivo antes señalado indicaremos cuándo un hijo es considerado fuera de matrimonio, en relación al artículo 365 de la misma ley, que establece: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

Se entiende por concubinato: "La unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor, si han procreado". (49)

En consecuencia, los padres que viven juntos y libres de matrimonio se les considera como concubinos, y a ellos también se les aplican los supuestos jurídicos contenidos en el Título Octavo, Capítulo Primero relativo a la patria potestad, es decir, todas las facultades y obligaciones que los progenitores tengan para con sus hijos como lo son la guarda, cuidado, educación, alimentación, vigilancia, corrección, representación y administración de su persona y bienes respectivamente, así como también a percibir los derechos del usufructo de los bienes del hijo. "Los deberes inherentes a la patria potestad son extensivos a los progenitores de los hijos nacidos fuera de matrimonio". (50)

⁴⁹ MONTERO DUHALT, Sara, *op.cit.* p. 165

⁵⁰ A. Zannoni, "Derecho Civil" Derecho de Familia, Tomo II, 1a. Reimp. Edit. Astrea Depalma Buenos Aires, 1991 p. 711

En otro orden de ideas, toda disposición aplicable en cuanto al ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos nacidos dentro de matrimonio, también les serán aplicados a los hijos nacidos fuera de él. “Los derechos que el sistema mexicano reconoce tanto a los hijos naturales como a los legítimos, buscando una absoluta comparación, no son otros que los que la naturaleza impone por razones evidentes de humanidad: que los hijos gocen de alimentos, lleven el apellido de sus padres, que tengan derecho a heredarlos en la sucesión testamentaria, sino fuesen instituidos como herederos o legatarios con porción suficiente para subsistir, que queden sujetos a la patria potestad de sus padres o abuelos que tanto significa como reconocer que los propios animales hacen con su prole”. (51)

Además cabe hacer mención, que dicho artículo hace referencia que cuando los progenitores no vivan juntos, los dos podrán convenir quién de ellos va seguir en el ejercicio de la patria potestad, situación que se critica, puesto que como se ha sostenido en el capítulo anterior, la patria potestad emana de la procreación del hijo, de la relación directa que existe entre padre e hijo y viceversa; en tal virtud, sostenemos que la propia naturaleza de la patria potestad hace imposible que la misma pueda estar sujeta al acuerdo de voluntades entre los progenitores, ya que la misma no puede estar sujeta a convenio ni mucho menos a renunciarla. Por estas razones, considero que la patria potestad siempre la ejercerá uno o ambos padres y que únicamente dejarán de ejercerla, cuando el juez de lo familiar lo declare, siempre y cuando haya mediado alguna causa que ponga en peligro la estabilidad del hijo. Por tales razonamientos, no es correcto que el legislador del Estado de México utilice a la patria potestad como un derecho que se deje al arbitrio de los padres, sino más bien debió de haber utilizado a la institución de la custodia, de la cual podemos decir que es la idónea para poder comprender e interpretar mejor el sentido de dicho artículo. En cuanto a este punto se refiere será tratado con más profundidad en el

⁵¹ ROJINA VILLEGAS, Ratael. *“Derecho Civil Mexicano”*, Tomo II. 8a. Ed. Edit. Porrúa, México, 1993 p. 34

capítulo siguiente.

2.- La alimentación

Este es uno de los deberes que los padres tienen con sus hijos, mismo que se encuentra dentro de las obligaciones que establece la patria potestad. Su regulación la encontramos en el artículo 286 del mismo ordenamiento, al establecer que: “Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado”.

En el supuesto anterior, los alimentos comprenden la comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad, educación primaria, así como otorgar al hijo algún oficio o profesión de acuerdo a su sexo y circunstancias personales, según lo dispone el artículo 291 del Código Civil del Estado de México.

Como se ha dicho, la alimentación forma parte de los deberes que integran a la patria potestad, pero en el supuesto caso de que alguno de ellos no la ejerza, éste seguirá cumpliendo con esta obligación a favor del menor; e interpretando el contenido del artículo 362 del mismo ordenamiento en comento y como se ha sostenido en el punto anterior, la patria potestad no debe estar sujeta a convenio entre los progenitores, ya que si bien, por el contrario, estuviera sujeta a convenio, fácilmente cualquiera de los padres del hijo no cumpliría con el deber de alimentación que la misma exige para su debido cumplimiento, además de que este dispositivo puede dar origen a conflictos entre los padres, cuando ambos pretendan tener el ejercicio de la patria potestad de su menor hijo.

3.- La custodia

Esta institución es la más importante por lo que al tema se refiere, ya que es de vital importancia para los hijos habidos entre los concubinos, el de que estén al lado de uno o ambos padres para que éstos efectúen los deberes integrantes de la patria potestad.

Su función consiste esencialmente en la posesión material que tengan uno o ambos padres de su menor hijo; puesto que, si por el contrario el hijo no estuviera conviviendo con uno o ambos padres bajo el mismo techo, difícilmente podrían cumplir con los deberes de cuidado, vigilancia, protección, así como a las necesidades más primordiales del menor.

Por tales razones, es necesario que se modifique dicho artículo y que el mismo se refiera a la institución de la custodia, anulando por completo a la institución de la patria potestad a que hace mención nuestro legislador, puesto que éste considera que la patria potestad debe estar sujeta a convenio entre los progenitores; supuesto que ha sido criticado y explicado en líneas anteriores, por lo que en su lugar debió referirse a la custodia del menor, de la cual podemos decir que si puede estar sujeta a convenio entre los padres.

De lo anterior se desprende, que el objeto principal de este acuerdo de voluntades existente entre los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio, debe consistir fundamentalmente en establecer a quién de ellos corresponde el ejercicio de la guarda y custodia del menor; es decir, la posesión material que alguno de ellos detente, porque tal posesión debemos entenderla como uno de los medios insustituibles para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente, quedando subsistente el ejercicio de la patria potestad sobre el menor en ambos padres que viven separados.

B.- Determinación y asignación de la custodia de los menores de edad

En cuanto a este punto se refiere, los podemos encontrar en diversos artículos dispersos en el Código Civil para el Estado de México, aunque de esta forma no se puede establecer de manera muy precisa los supuestos que indiquen la determinación y asignación con sus respectivas obligaciones a aquellas personas que están obligadas a tener la custodia de sus menores hijos. De esta manera, nos referiremos en aquéllos casos de divorcio de los cónyuges, mismos que se encuentran en los artículos 257 fracción III, 266 fracción VI, 267 párrafo segundo y tercero, etcétera; aquí en estos casos interviene la decisión del juez previo análisis de la procedencia de la causal invocada que haya dado origen al divorcio, ya que a su vez determina basándose en los elementos de convicción para conceder la custodia y posteriormente asigna previa valoración a la persona que sea capaz de desempeñar dicha función en beneficio del menor.

Por lo que toca a los progenitores que viven separados y han reconocido en el mismo acto al menor como hijo suyo, en primer término son ellos primeramente quienes deben determinar la custodia del menor y no como lo dispone el artículo 362 del mismo ordenamiento indicado, que son ellos quiénes deben de convenir y asimismo determinar el ejercicio de la patria potestad, situación que ha sido explicada y criticada en puntos que anteceden por ser imprecisa de acuerdo a la realidad social que vivimos, por tal motivo, son los padres quienes deben determinar a cuál de ellos corresponde la posesión física y material de su menor hijo para que conviva y esté a su lado pero, por otra parte, si existiera alguna controversia relativa a dicha determinación, es aquí en donde interviene la autoridad, es decir, el juez de primera instancia o sea el juez de lo familiar para solucionar esta controversia, determinando una vez que haya escuchado al Ministerio Público, a los padres o en su caso a los abuelos, tíos, hermanos mayores; conceda a alguno de ellos la custodia, velando siempre por los intereses del menor.

Por lo que toca al artículo 363 de la misma ley, que dispone lo siguiente: "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

De igual forma son los padres quienes determinarán la custodia del menor cuando lo hubieren reconocido sucesivamente, pero en el caso de surgiera controversia sobre este punto, el juez de lo familiar lo resolverá determinando que será primeramente el progenitor que haya reconocido al menor, excepto que su hubiera dispuesto lo contrario, el juez de lo familiar lo acordará de esta manera siempre que no modifique dicho convenio por causa grave, previa intervención de los padres y del Ministerio Público. Cabe hacer notar que el anterior dispositivo también tiende a utilizar inadecuadamente a la institución de la patria potestad, supuesto del que no se está de acuerdo, de conformidad a lo expuesto anteriormente.

Para ahondar más sobre este tema, pasaremos al siguiente punto que está ligado al mismo, ya que es de suma importancia la determinación de la custodia, en donde se hace notar que ésta es primordial para el ejercicio de la patria potestad, ya que si de lo contrario no se tuviera la custodia del menor difícilmente se podrían cumplir con los deberes a que están obligados los padres para con sus menores hijos.

C.- Sujetos que intervienen para designar la custodia

Como se ha venido explicando en los preceptos jurídicos antes invocados,

algunas veces son los padres del menor quienes intervienen para determinar la custodia del menor cuando ha mediado entre ellos un acuerdo, es decir, que no hay problemas en cuanto a su guarda y por ende se ha otorgado a uno de ellos, por tal razón, y de conformidad con el artículo 396 del mismo Código, ambos padres ejercerán la patria potestad del menor y a falta de ellos los que sigan en el orden establecido por dicho artículo, es decir tanto a los abuelos paternos como maternos, aunque dicho precepto se refiera a los hijos nacidos dentro de matrimonio, tal dispositivo se aplicará también a los nacidos fuera de matrimonio cuando los padres se separen y convengan sobre su custodia, ambos conservarán el ejercicio de la patria potestad.

Como se observará son los padres primeramente quienes resuelven lo relacionado a la custodia del menor de una manera amigable, ya que si de lo contrario surgieran conflictos entre ellos relativos a la determinación de la custodia, en este caso resolverá el juez de primera instancia, quién es uno de los sujetos que también intervienen para determinar y asignar en su caso la custodia del menor, previo análisis de las circunstancias que intervengan para emitir su decisión, estas circunstancias a que hacemos mención serán motivo de estudio en el punto siguiente, por esta razón, únicamente las mencionamos de manera sustancial.

Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, es el juez de primera instancia quien resolverá sobre la guarda y custodia del menor cuando exista conflicto de intereses entre los padres al determinar sobre la custodia del menor; además su intervención también deriva en aquéllos casos de divorcio necesario, cuando es condenado el cónyuge culpable, ya sea a la pérdida de la patria potestad o a la guarda y custodia del menor, o en su caso cuando condene a ambos progenitores a la pérdida de tales derechos, aquí el juez en uso de sus facultades puede asignar a los abuelos paternos o maternos, o bien a demás familiares para el ejercicio de la custodia, como lo dispone el artículo 267 del Código Civil del Estado de México que establece que: "En la sentencia que decrete el divorcio, el

tribunal determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservarán cada uno de los cónyuges, respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo, además, discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos”.

Además del tribunal a que hace mención el artículo anterior que no es otra persona que el juez de primera instancia o de lo familiar, también intervienen los parientes más cercanos quienes influyen en la determinación de la guarda del menor, como lo son los abuelos, tíos, y hermanos mayores, pues es aquí en donde el juez debe tomar muy en cuenta las manifestaciones de los parientes para determinar la custodia.

Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246. Si los dos fueron culpables del divorcio, los hijos quedarán al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad, y si no los hubiere, se les nombrará tutor. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 253, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, pero el enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos”.

De lo anterior debe hacerse notar que en los casos de nulidad de matrimonio por causa imputable a uno de ellos, el inocente tendrá la guarda y custodia del menor, cumpliendo ambos padres los demás deberes inherentes a la patria potestad. Pero si los dos fueron culpables de dicha nulidad, la custodia de los hijos pasarán a los ascendientes señalados en el artículo 396, y sólo para el caso de que nos la haya, se le nombrará un tutor para que se haga cargo de tal función.

Otro de los sujetos que intervienen en el ánimo del juzgador para determinar lo relativo a la custodia del menor lo es también el Ministerio Público que como representante de la sociedad, debe intervenir de oficio en las cuestiones familiares, y aún más cuando se trate perjudicar a los menores, como es el caso previsto en los artículos 362 y 363 del Código Civil del Estado de México, en donde su participación es primordial para indicar al juez, a quien de los padres que viven separados corresponde el ejercicio de la mal llamada patria potestad, ya que se debe entender que no es patria potestad, sino más bien de la custodia, tal y como lo prevé nuestro más Alto Tribunal en una de tesis jurisprudenciales que reza de la siguiente manera:

**“MENOR. CUSTODIA DEL. CUANDO LOS PADRES SE
SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO.**

El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el reconocimiento de hijo de padres que no vivan juntos, el primero se refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso en que cuando los padres no hicieron el citado reconocimiento en el momento de registrar a su hijo, sea el juez de lo familiar quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor, previa audiencia a los padres y al agente del Ministerio Público, luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quien de los dos ejercerá la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad, sea facultad de un juez de lo familiar resolver lo más conveniente a los intereses del menor”.

Amparo Directo 3080/90. Juan Manuel Naranjo Cardona. 25 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI. Julio-Diciembre 1990.

Segunda Parte. Tribunales Colegiados. Pag. 200.

Como se puede observar, la anterior jurisprudencia hace referencia primeramente a los padres, quienes deberán acordar sobre la guarda y custodia del menor cuando ambos pretendan separarse, y solo cuando los progenitores no se pongan de acuerdo sobre la guarda y custodia del hijo, corresponde al Ministerio Público intervenir y resolver sobre este particular para que el juzgador finalmente determine a quién de los padres corresponde el ejercicio de dicha función a beneficio del menor.

D.- Supuestos en los que se basa el juez para determinar la custodia

La intervención del juez para determinar la custodia y por ende la patria potestad, tendrá lugar primeramente cuando exista conflicto de intereses por parte de los padres cuando haya mediado alguna de las causas previstas en el artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, el cual establece los supuestos en los que se pierde el ejercicio de tales derechos, siempre que la conducta de los progenitores afecte y perjudique directamente la persona del menor, petición que hará alguno de los padres ante el juez para solicitar el ejercicio exclusivo de la custodia y la pérdida de la patria potestad, siendo la primera de ellas, la más importante, aunque se ejerce conjuntamente con la patria potestad en determinados casos.

En forma general podemos decir que las causas previstas en el artículo 426 fracciones I, III y IV del Código Civil para el Estado de México relativo a la pérdida de la patria potestad, también son aplicables para determinar la guarda y custodia del menor, cuando a juicio del juez sean bastantes para condenar a uno de los padres a la pérdida de tal derecho.

Son diversos los supuestos que influyen en la determinación de la custodia por parte del juzgador, ya que casi siempre su intervención se justifica cuando ambos progenitores pretenden el ejercicio exclusivo de la custodia y/o la patria potestad, aunque en algunos casos el juez debe tomar en cuenta los convenios a que lleguen las partes, siendo una de las formas que toma en consideración el juez para determinar la custodia del menor, pero el juzgador debe velar por lo que más convenga a los intereses del menor hijo, debiendo modificar o ajustar algunas circunstancias del convenio, siempre que no afecten los intereses del menor.

De los supuestos en los que se basa el juzgador para conceder la custodia a uno de los progenitores señalaremos algunos casos en donde debe resolver a favor de uno de los padres, independientemente de que éstos o alguno de ellos sea culpable o inocente de la causa que haya dado origen a dicha pérdida.

Primeramente mencionaremos que los menores de siete años deben quedar al cuidado de su madre, puesto que es a ella a quien debe concedérsele la guarda y custodia del menor, porque ella es la más apta y se encuentra más capacitada para realizar todos los cuidados necesarios para el mejor desarrollo del menor, siempre que su situación económica sea estable y que garantice las necesidades del menor. Por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al tema se refiere a emitido la siguiente tesis jurisprudencial, que a la letra dice:

“MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.

Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidados necesarios, de tal suerte que, si no se está en

los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite”.

Amparo Directo 5057/73:1ª Manuel Ramón Gil López. Marzo 3 de 1975. 5 votos.
Ponente: Mtro. David Franco Rodríguez. Secretario: Efraín Ochoa Ochoa.
Boletín No. 15 al Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. Pag. 46.

Otro caso determinante para asignar la custodia, es que de las pruebas aportadas, el juez debe de valorarlas tomando en cuenta las circunstancias del caso para emitir su decisión, como por ejemplo, cuando el juzgador considera que efectivamente la madre que ha tenido hijos de distintas personas y que además el lugar donde habita no permite un sano desarrollo del menor, pues en este supuesto y de las pruebas exhibidas el juzgador debe analizar y tomar en cuenta primordialmente los intereses del menor, resolviendo finalmente sobre su guarda y custodia condenándola a la pérdida de tal derecho basándose en la mala conducta de la madre, ya que influyen en la moralidad del menor, y que además al lado de ella se encuentra en un estado de inestabilidad e inseguridad en cuanto a su formación moral, educativa, familiar y económica.

De lo anterior el juez puede encomendar el ejercicio de la guarda y custodia del menor a terceras personas, como por ejemplo una institución oficial, a un particular o, a los mismos ascendientes, como lo pueden ser los abuelos paternos o maternos siempre y cuando convengan a los intereses del menor.

De igual forma nos referiremos a los casos de divorcio, en donde también interviene la decisión del juez para asignar la custodia de los menores hijos, tal y como lo dispone el artículo 267 párrafos segundo y tercero del mismo ordenamiento que señala: “...Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246. Si los dos fueron los culpables del divorcio, los

hijos quedarán al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad; y si no los hubiere, se les nombrará tutor".

"En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 253, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, pero el enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos".

De los preceptos jurídicos antes señalados, se concluye que los menores se encuentren en poder de la madre, porque es ella quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidados necesarios, ya que si bien, por lo contrario, no cae en los supuestos previstos por el artículo 426 fracciones I, II, III, y IV, el juzgador no podrá separar al menor del lado de su madre, en tal virtud, el padre no podrá obtener el ejercicio de tal derecho cuando así lo solicite, aunque tenga medios económicos muy elevados que la madre.

Otros de los casos en que se justifica la intervención del juez para designar la custodia de los menores a los padres, dependen también de la edad y sexo del menor principalmente; así como los cuidados, subsistencia, educación, salud y habitación, etcétera; supuestos que el juez debe tener presente para obtener un amplio y mejor conocimiento de la estabilidad del menor, para que de esta forma no dude a quién de los padres debe otorgarle el ejercicio exclusivo de la custodia del menor, siempre y cuando haya mostrado un mayor interés para con su menor hijo; asimismo debe de igual forma analizar la conducta de los progenitores para que en este caso no perjudiquen a los hijos y éstos puedan tener una mejor moralidad y buenos principios.

Por otro lado, también haremos mención a los elementos probatorios que también son los más importantes para el juzgador, ya que tales probanzas son las que de manera importante influyen en la determinación y asignación de la custodia a favor de

uno de los progenitores, su fundamento lo encontramos en el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, mismo que a la letra dice: "El juez gozará de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas, para determinar el valor de las mismas, unas frente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria, a menos que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando sin embargo, de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo".

Tiene aplicabilidad dicho precepto, como por ejemplo en los casos de divorcio o separación de los concubinos y exista conflicto relativo al cuidado y educación del hijo, pues en estos casos el juzgador debe valorar las pruebas que se hayan ofrecido tendientes a comprobar la mala conducta del progenitor y que haya perjudicado a los intereses del menor, resolviendo finalmente sobre la custodia y patria potestad del menor, sin que deje lugar a dudas sobre tal determinación. En cuanto al tema se refiere, tiene aplicabilidad la siguiente tesis jurisprudencial, cuyo título es el siguiente:

“PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas o indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación”.

Amparo Directo 4024/82. Joel Díaz Barriga Murillo, 16 de febrero de 1983. 5 votos. Ponente: Jorge Oliviera Toro. Secretaria: Gilda Rincón Orta.

Finalmente se concluye, que siempre y ante todo caso el juez debe tomar fundamentalmente en consideración los intereses del hijo para otorgar la custodia y la patria potestad a alguno de los padres, cuando alguno de ellos haya mostrado un mejor

desempeño y cuidados, tanto en lo material como en lo personal, así como el de haberle proporcionado un ambiente agradable para su formación personal y espiritual; supuestos que primordialmente debe analizar el juzgador para que al momento de hacer su designación no perjudique, tanto a los intereses como a la persona del menor, además de que en su decisión puede valerse y apoyarse con los elementos probatorios aportados con el objeto de que no se equivoque al momento de hacer su designación, eligiendo a alguno de los padres o terceras personas más aptas y capacitadas para desempeñar esta función a favor del menor.

E.- Contraposición del artículo 362 con el artículo 426 fracciones I, III y IV del Código Civil del Estado de México, relativo a la determinación de la patria potestad

Conforme a lo expuesto en puntos que anteceden, se ha hecho hincapié que los padres que se han separado no pueden convenir a quien de ellos corresponde la obligación del ejercicio de la patria potestad por ser un hecho fundado en la procreación natural del hombre, ahora bien esta interpretación surge del propio contenido del artículo 362 del Código Civil del Estado de México, el cual no coincide con la realidad jurídica, esto es que, tal privilegio no debe estar en manos de los padres el de determinar a quién de ellos corresponda dicho ejercicio, situación que contraviene el orden público si de esta forma se dejan a los progenitores la facultad de elegir su ejercicio; por esta razón, se dice que dicho artículo contraviene lo dispuesto por el artículo 426 fracciones I, III y IV del citado ordenamiento, ya que dicho precepto hace mención a las causas de pérdida de la patria potestad, determinantes única y exclusivamente por el juzgador; es decir, que de las causas previstas en tal artículo interviene su decisión, el único facultado para indicar a quien de los progenitores corresponde dicho ejercicio mediante la resolución que en forma

definitiva establezca a uno de los padres la condena al ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando haya mediado una de las causas que sea suficientemente grave a juicio del juez y que sea motivo determinante para condenarlo a la pérdida de tal derecho a uno de los padres; éstas causas son las siguientes:

“Artículo 426.- La patria potestad se pierde:

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

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 269;

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

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

Por esta razón, es importante que alguna de las causas señaladas anteriormente transgreda la persona del menor, ya que de esta forma alguno de los padres podrá obtener el ejercicio de la patria potestad cuando le sea otorgada por el juzgador mediante sentencia; en otro orden de ideas, es necesario que los motivos determinantes de los padres para solicitar el ejercicio exclusivo de la patria potestad, obedezca primeramente a que se actualice alguna de las causas señaladas en tal dispositivo y que previa valoración de los hechos, el juez conceda mediante resolución el ejercicio de tal

derecho, ya que esta es la única manera para determinar a quién de los padres le corresponde el ejercicio de dicha función, situación que debe tomarse muy en cuenta por el legislador, ya que deja abierta la posibilidad de que los padres determinen de mutuo propio el ejercicio de la patria potestad, si se aplica lo previsto por el artículo 362 de la misma Ley en comento. al dejar la facultad a los progenitores la elección de tal derecho sin que medie causa suficientemente grave que a juicio del juez sea bastante para declarar dicha pérdida a uno de los padres. Al efecto, sostiene lo siguiente la tesis jurisprudencial intitulada:

**“PATRIA POTESTAD. PARA TENER POR COMPROBADAS
LAS CAUSALES DE SU PÉRDIDA LA CONFESIÓN
FICTA ES INSUFICIENTE.**

En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paterno-filiales y en que padres e hijos mantengan los vínculos legales que generen derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, estas deben estar comprobadas de tal modo que permitan concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudiera comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono que de los hijos hubieren hecho por más de seis meses. Por tanto, no basta que no se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por comprobados los hechos que se le atribuyen sino hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues la ausencia de contestación sólo constituiría un indicio de que se presentaron pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere”.

Amparo Directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro (Raquel Navarro Lomeli). 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González.

Por tal motivo, las causales previstas en el dispositivo 426 fracciones I, III y IV del Código Civil del Estado de México, existen para ser tomadas en cuenta por el juzgador para encuadrar dicha conducta, cuando uno o ambos padres caigan en los supuestos previstos en tal dispositivo, ya que de las circunstancias que en el caso se presenten, el juez debe privar o conceder a alguno de ellos el ejercicio de la patria potestad, siendo ésta una de las formas para transmitir tal derecho; situaciones que el legislador no tomó en consideración para su valoración al momento de redactar el contenido del artículo 362 del Código Civil del Estado de México, ya que concede a los padres la facilidad de ponerse de acuerdo sobre quién de ellos va a ejercer tal derecho, sin que exista algún motivo de carácter legal que de origen a la transmisión de la patria potestad a alguno de los titulares de la misma.

Ahora bien, el juzgador podrá apartarse de resolver conforme a las disposiciones del Código Civil que rigen a la patria potestad, cuando los intereses del menor pongan en peligro su seguridad, estabilidad, integridad física y moral cuando se aplique lo previsto en el artículo 362 que dispone lo siguiente:

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

Como podemos apreciar, que de su interpretación se desprende que los derechos y obligaciones que surgen del parentesco, es decir, de la patria potestad, si

pueden transferirse y estar sujetos a convenio entre los progenitores, supuesto del que realmente no se está de acuerdo, en virtud de que tales obligaciones son inextinguibles y los mismos no pueden transmitirse mediante convenio entre los padres, ya que como es sabido, la naturaleza jurídica de la patria potestad impide que los derechos y obligaciones hacia los menores sean objeto de convenio entre los que lo engendraron; en tal virtud, se insiste que las obligaciones que nacen de la patria potestad no se pueden transmitir a través de convención, ya que si por lo contrario así fuera se atentaría en contra de las leyes del orden público y aún más en perjuicio de los menores.

A mayor abundamiento y para robustecer lo anteriormente expuesto, nuestro más alto tribunal a emitido la siguiente tesis jurisprudencial, que al respecto dispone:

**“PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES
DE LA. SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS
A CONVENIO.**

Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, por que no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo debe versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su guarda y custodia no deriva de los casos especiales de divorcio; del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la separación de los padres”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 295/93. Héctor Becerra Martínez. 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco. Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Marzo 1994, Tomo XIII. Pag. 417.

En tal virtud, se insiste que la patria potestad no debe estar sujeta a convenio entre los padres que viven separados, ya que el mismo legislador ha considerado que la esencia fundamental de la patria potestad es que la misma beneficie y proteja a los menores hijos, invistiendo a los padres de obligaciones y derechos para que auxilien a los menores en su debilidad, ignorancia e inexperiencia, ya que son ellos quienes deben cumplir con estos deberes y que solamente uno o ambos dejarán de ejercer la patria potestad del menor cuando su conducta encuadre en alguno de los supuestos previstos por el artículo 426 fracciones I, III y IV de dicho ordenamiento, siempre que el juez así lo declare mediante la resolución que emita y no así por acuerdo entre los padres el de decidir su ejercicio.

F.- El artículo 362 del Código Civil del Estado de México en comparación con el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal

De los razonamientos que se expusieron en el punto anterior, son de suma importancia para que sean tomados en cuenta por el legislador en la redacción del artículo 362 en comento y el mismo se adecue a la realidad social, para que su interpretación y aplicación dentro de la sociedad evite conflictos futuros que perjudiquen principalmente a los menores, ya que como se vuelve a reiterar la patria potestad es un hecho fundado en la naturaleza de la procreación del hombre y por lo tanto, la misma no puede estar sujeta a convenio, por lo que no se puede transferir o renunciar a los deberes inherentes a la patria potestad; por tal razón, considero que tal precepto en lugar de referirse a la patria potestad debió haber utilizado a la institución de la custodia, de la cual podemos decir que la guarda y custodia del menor sí puede estar sujeta a convenio entre los progenitores, tal y como lo prevé el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que

dispone:

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

De este dispositivo se hace notar que el legislador del Distrito Federal si tomó fundamentalmente en cuenta la protección y los intereses de los menores, al considerar que la guarda y la custodia de los hijos puede transmitirse mediante convenio entre los padres que se han separado; es decir, que éstos únicamente determinarán a cuál de ellos le corresponde la posesión física y material del menor para que el designado se haga cargo del ejercicio de dicha función, quedando totalmente subsistente el ejercicio de la patria potestad en ambos padres aunque vivan separados, situaciones favorables que el legislador dejó en manos de los padres para que éstos eligieran la custodia del menor con el propósito de prevenir conflictos para el caso de que los progenitores discutieran respecto a cuál de ellos corresponde la custodia del menor; pues en este supuesto y a falta de convenio le corresponde al juez de lo familiar resolver sobre este punto, siempre que previamente se haya escuchado el parecer del Ministerio Público y de los padres para que éste resuelva primordialmente que los derechos e intereses del menor no se dañen o lesionen. Sobre este particular nuestro más Alto Tribunal ha emitido tesis jurisprudencial en cuanto al tema se refiere, cuyo rubro es el siguiente:

**“MENOR. CUSTODIA DEL. CUANDO LOS PADRES SE
SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO.**

El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el reconocimiento de hijo de padres que no vivan juntos, el primero se

refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso en que cuando los padres no hicieron el reconocimiento en el momento de registrar a su hijo, sea el juez de lo familiar quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor, previa audiencia a los padres y al agente del Ministerio Público, luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quién de los dos ejercerá la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad, sea facultad de un juez familiar resolver lo más conveniente a los intereses del hijo”.

Amparo Directo 3080/90. Juan Manuel Naranjo Cardona. 25 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación Tomo VI. Julio-Diciembre 1990. Segunda parte. Tribunales Colegiados. Pag. 200.

Por tal razón, existe una notable diferencia en cuanto al artículo 362 de la Legislación Civil del Estado de México con el artículo 380 del Código Civil del Distrito Federal, ya que el primero de éstos ordenamientos se refiere que la patria potestad de los menores si puede ser materia de convenio cuando los padres viven separados o cuando determinen separarse, situación que ha sido criticada con antelación, puesto que la patria potestad por ser una institución de orden público, la misma no puede ser objeto de convenio ni renuncia entre los titulares de dicha institución; razonamiento que deberá ser tomado en cuenta por el legislador de dicha entidad para que de igual forma, dicho dispositivo se ajuste a lo previsto por el legislador del Distrito Federal en su artículo 380, ya que el mismo no presenta mayores problemas para su interpretación y aplicabilidad cuando los padres al separarse convengan sobre la guarda y custodia del menor, sin tener que acordar ni renunciar a la patria potestad del menor, subsistiendo ésta a favor de los

menores hijos.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

A. - Comparación y Distinción entre la patria potestad y la custodia

Se ha dicho que la patria potestad es un cargo de interés público, que se ejerce sobre la persona y bienes del menor, tales circunstancias se traducen en deberes a cargo de los progenitores; ahora bien cabe destacar que dentro de la patria potestad encontramos a una de las funciones más primordiales de la misma, siendo esta la guarda y custodia del hijo, la cual reviste mucha importancia, ya que sin ésta difícilmente se cumplirían con los deberes de protección a favor del menor; pero cabe señalar que en determinados casos esta función se puede ejercitar conjuntamente con la patria potestad ya sea por uno o ambos progenitores; es decir, los padres pueden tener el ejercicio de la patria potestad, pero uno de ellos tendrá la posesión física y material del menor, siempre que éstos convengan sobre tal punto sin perjudicar los intereses del menor, dando debido cumplimiento a las demás obligaciones que la patria potestad les impone.

Dentro la patria potestad, la garantía del cumplimiento de esta importante función, es que descansa en los lazos de afecto que existen en los progenitores para educar y formar a los hijos; para esto, es fundamentalmente necesario que uno de los padres que viven separados detente la guarda del menor para cumplir y vigilar que los intereses del hijo no se perjudiquen, puesto que el contenido social de la patria potestad y de la custodia, se destacan desde el punto de vista de que son deberes que les son reconocidos por el orden jurídico a favor del padre y la madre; para ellos constituye una

potestad de interés público, una vez que se realiza esa misión en interés del hijo se cumple el interés de la colectividad.

Por tal razón, debemos distinguir que la patria potestad y la custodia del menor son instituciones totalmente diferentes: es decir, se debe de hacer una división entre una y otra institución tomando como base la separación voluntaria de los padres sin que haya mediado conflicto, por tal motivo y sin existir problema alguno los titulares de la patria potestad convendrán únicamente sobre la guarda y custodia del menor sin que tengan que acordar sobre la transmisión de la patria potestad por subsistir la misma en ellos, además por ser un cargo de interés público, la misma no puede ser materia de convenio, ya que ésta reviste las siguientes características:

a) Es de orden público: las convenciones que hagan los titulares de la patria potestad, ya sea entre ellos mismos o frente a terceros para transferir las obligaciones de esta función, son nulas; ya que tal convenio tiende a limitar o modificar la regulación jurídica de dicha institución en perjuicio del sujeto a la misma. luego entonces, los acuerdos a que lleguen los progenitores para transmitirse los deberes de la patria potestad no deben ser válidos, además de que existe interés social de que dicha función sea protectora de los intereses del menor.

En cuanto hace a la institución de la custodia, cabe señalar que siempre recaerá en alguno de los ascendientes del menor, y para el caso de que no los hubiere se le nombrará un tutor para que ejerza ese cargo a favor del menor. Esta función al igual que la patria potestad es de interés público, ya que siempre habrá quien vele por los intereses del menor.

b) No es renunciable: en virtud de que así lo indica el artículo 430 del Código Civil del Estado de México, ya que para su ejercicio sólo pueden excusarse en los

casos específicamente señalados en este precepto legal: los que por su edad avanzada hayan alcanzado la edad de sesenta años y aquéllos que por su mal estado habitual de salud no puedan cumplir debidamente esa función. A lo anterior, le viene a robustecer la siguiente tesis jurisprudencial:

**“PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS
DERECHOS DERIVADOS DE LA.**

Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 8o. del Código Civil”.

Sexta Época. Cuarta Parte: Vol. LXVII, Pag. 110. A. D. 8824/61. Rodolfo Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos.

El artículo 8 de la misma ley en comento, nos indica que: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Esta disposición, no fue tomada en cuenta por el legislador de dicha entidad, olvidando por completo que la patria potestad por ser de interés público, la misma no debe estar sujeta a convenio entre los progenitores; por tal motivo, el acuerdo a que lleguen los padres para transmitirse recíprocamente los deberes de dicha institución, son totalmente nulos, ya que este acto tiende a contravenir las leyes del orden público por transgredir los derechos del menor sujeto a la patria potestad.

“Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar, porque su ejercicio es de interés público. La

familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores. En segundo lugar, porque el artículo 6º del Código Civil establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". (52)

Por tal razón, la renuncia que haga el ascendiente al ejercicio de la patria potestad se tendrá por no puesta; ya que si por lo contrario si así fuera, traería como consecuencia el abandono al deber de guarda y protección de los hijos y por ende perjudicaría los intereses de los menores que se encuentran bajo la misma.

Por lo que toca a la custodia del menor, ésta no se puede renunciar por ser también una institución de orden público, en tal virtud únicamente puede transmitirse mediante acuerdo entre los progenitores, porque dicha función es considerada como una de las prerrogativas de la patria potestad, por tal razón, la guarda del menor forzosamente debe de recaer en uno o ambos ascendientes previo acuerdo entre ellos cuando vivan separados, subsistiendo los demás deberes a cargo del progenitor que no tenga la guarda y custodia del menor.

c) Es un derecho personalísimo: puesto que la patria potestad, considerándola desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente que corresponda el ejercicio de la misma.

d) Es intransmisible: por cuanto a que reconoce como causa a la paternidad o maternidad y cualquiera de éstas no puede transmitirse frente a terceros. Excepcionalmente en los casos de adopción del menor se transmite al adoptante.

⁵² GALINDO GARFÍAS, Ignacio *op. cit.* p. 677

Únicamente puede transmitirse a juicio del juez de lo familiar a cualquiera de los ascendientes del hijo, siempre y cuando haya mediado alguna de las causales previstas en el artículo 426 de dicho ordenamiento legal; pues en este caso lo hará mediante sentencia que dicte en la que condene a la pérdida de la patria potestad al ascendiente que atentó en contra de los intereses del menor, otorgándosela al ascendiente mejor capacitado para ejercer dicha función. Al respecto, la siguiente tesis jurisprudencial sostiene lo siguiente:

**“PATRIA POTESTAD. SUS DERECHOS SON
INTRANSMISIBLES.**

Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado a lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario”.

Amparo Directo 7020/86. María Luisa Rosas Viuda de Valdés y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

e) Es temporal; ya que la misma termina con la mayoría de edad, o por la emancipación del menor hijo. “Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos”. (53)

f) Es imprescriptible; los derechos y deberes derivados de la propia

⁵³ MONTERO DUHALT, Sara. *op. cit.* p. 343.

naturaleza de la patria potestad, es que no se extinguen por el sólo transcurso del tiempo.

g) Tiene caducidad: esta misma se encuentra ligada a la temporalidad, ya que la patria potestad caduca de pleno derecho al alcanzar el hijo la mayor edad o al emanciparse. El artículo 425 de la Legislación Civil del Estado de México fracciones II y III, indican el tiempo durante el cual puede ser ejercitado tal derecho, operando la extinción de una manera directa y automática.

De las anteriores características que presenta la patria potestad, y como se ha sostenido que es una de las prerrogativas que forma parte de la custodia, ésta también presenta las mismas características de dicha función, ya que el objetivo principal es que los intereses del menor se protejan y no se lesionen.

h) Es excusable: ya que la propia ley concede a aquellas personas que tengan sesenta años cumplidos, y cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente dicha función a favor del menor, artículo 430 del Código Civil para el Estado de México. “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”.(54)

i) No es susceptible de convenio; en virtud de que las obligaciones derivadas de la paternidad, no pueden transferirse mediante convención. En cuanto a este punto, nuestro más Alto Tribunal ha emitido la siguiente tesis jurisprudencial:

⁵⁴ *Ibidem*, 344

**“PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES
DE LA. SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS
A CONVENIO.**

Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, porque no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo puede versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su guarda y custodia no deriva de los casos especiales de divorcio, del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la separación de los padres”.

Amparo Directo 295/93. Héctor Becerra Martínez, 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco. Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Marzo 1994. Tomo XIII. Pag. 417.

En cuanto a esta característica se ha hablado mucho al respecto, ya que la ley concede a los progenitores que se han casado, así como a los que no han contraído matrimonio, la facultad de convenir la guarda y custodia de los menores, conservando aun el ejercicio de la patria potestad ambos padres.

j) Es general, por el ámbito de intereses a que alcanza la protección. Esta característica abarca la totalidad de los intereses del menor: su persona y bienes, así como conservar y procurar el sano desarrollo de la persona del hijo dentro de la sociedad.

El legislador debe tomar muy en cuenta las características antes aludidas que presenta la patria potestad, ya que su misma naturaleza no permite que se transmita por los titulares de ella mediante convenio, para que no ponga en peligro tanto la persona

como los bienes del menor, supuesto que quedaría debidamente protegido si el legislador del Estado de México hubiera utilizado a la institución de la custodia, función que legalmente permite que los padres del menor se pongan de acuerdo sobre quién de ellos va a tener la posesión física y material del hijo, sin que esto motive conflictos entre ellos en cuanto a que tengan que alegar sobre el ejercicio de la patria potestad del menor por subsistir aún en los progenitores, además por no existir dispositivo legal alguno que permita que los titulares de la patria potestad se transmitan recíprocamente los deberes mediante acuerdo entre ellos.

B.- Propuesta de reforma al artículo 362 del Código Civil del Estado de México

De los razonamientos antes señalados, deberán ser tomados en cuenta por el legislador de dicha entidad para que analice detenidamente que los intereses del menor se ponen en peligro si se aplica el contenido del artículo 362 del Código Civil, ya que como ha quedado explicado anteriormente que la patria potestad no es un derecho o facultad que les sea reconocido por la ley para convenir sobre su transmisión, modificación, etcétera; en tal virtud en lugar de referirse a la patria potestad debió de haber utilizado a la institución de la custodia, función que permite la transmisión de la guarda del menor entre los progenitores para que de esta forma queden totalmente protegidos los derechos del menor por el ordenamiento jurídico si los padres acuerdan sobre esta función, sin tener que abordar lo relativo al ejercicio de la patria potestad.

Como se ha dicho, la patria potestad descansa en la paternidad y maternidad, por este sólo hecho incumbe a los progenitores el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de dicha función, además por ser esta la fuente real del hecho natural de la autoridad paterna; por tales motivos, los padres que se han separado únicamente

resolverán sobre la custodia del menor sin que tengan que abordar lo relativo al ejercicio de la patria potestad. en virtud de que los deberes que atribuye la patria potestad deben ejercerse siempre en interés de los menores hijos y no en interés de los titulares que la ejercen. ya que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito en su ejercicio confía a los progenitores el interés familiar y no el interés propio.

De lo anterior, es necesario que el artículo 362 del Código Civil del Estado de México esté sujeto a reforma, toda vez que su interpretación da pauta a que se generen conflictos entre los padres que aún teniendo el ejercicio de la patria potestad del menor, induce a ambos titulares a acudir ante el juez para resolver sobre este punto sin que esté cuestionado entre ellos situación alguna; supuestos que podrán ser evitados si dicho dispositivo hubiera utilizado a la institución de la custodia, para que de esta manera no se perjudicaran las funciones de la patria potestad, ya que la misma subsiste en ambos titulares. En consecuencia, es del todo necesario que dicho precepto se adecue a la realidad social en que vivimos, tomando en consideración los razonamientos que serán analizados en el siguiente punto.

C.- Modificación al artículo 362 del Código Civil para el Estado de México

Son cuatro los supuestos que considero se deben tomar en cuenta para que el artículo 362 del Código Civil del Estado de México esté sujeto a modificación, de acuerdo a los siguientes razonamientos:

a) El mismo motivaría conflictos entre los progenitores si no se ponen de acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad.

Este motivo es determinante por si mismo, ya que siempre habrá conflicto de intereses en cada uno de los padres, cuando ambos pretendan tener el ejercicio exclusivo de la patria potestad del menor sin que exista aun entre los padres alguna causa que origine dicho problema, pues en este caso los padres conservan el ejercicio de la patria potestad cuando ambos vivan separados, lo único que tienen que resolver es en cuanto a la guarda y custodia del menor: es decir, quién va a tener la posesión del menor para cumplir las funciones de cuidado, protección y vigilancia; supuesto que deberá ser analizado por el legislador para que dicho articulo en comento utilice a la institución de la custodia y se aplique debidamente este precepto y asimismo prevenga conflictos entre los progenitores en lo futuro.

Por otro lado, y como se ha venido hablando anteriormente, si este dispositivo contemplara a la guarda y custodia en su esencia no habria problema alguno, ya que el mismo se aplicaria a beneficio del menor, además de que el ejercicio de la patria potestad aún la conservarían ambos padres a pesar de que alguno de ellos no tenga la custodia del menor previo acuerdo con el otro progenitor, pues en este caso el que detenta la custodia y el otro siempre velarán por los intereses del menor hasta que éste sea mayor de edad y pueda valerse por si mismo, tal y como lo sostiene nuestro Supremo Tribunal en su tesis jurisprudencial emitida, cuyo titulo es el siguiente:

**“PATRIA POTESTAD, PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO
QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR.**

La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia: de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son los de velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su

correspondencia, y el de formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente”.

Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. 5 votos.
Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

Cabe aclarar que mediante el acuerdo a que lleguen ambos padres relativo a determinar la custodia, por este sólo hecho no quiere decir que también se conviene sobre la patria potestad, ya que la misma permanece entre los progenitores, en donde éstos, deberán seguir cumpliendo con los deberes que la misma naturaleza les impone, debiendo ejercerse conjuntamente por no existir conflicto alguno entre los padres; en tal virtud, el legislador tiene que analizar las consecuencias que pudieran ocasionarle al menor si dicho precepto se aplicara tal y como lo prevé actualmente.

b) Dejaría en manos de los padres la facilidad de convenir el ejercicio de la patria potestad, ya que si así fuera se atentaría en contra del orden público, además de que se lesionarían los derechos del menor si se dejara desfavorablemente a uno de los progenitores la obligación de hacerse cargo de los cuidados del menor, siendo que las obligaciones son recíprocas en ambos padres.

Ahora bien, para sostener dicho razonamiento, y como se ha venido hablando en capítulos anteriores, los derechos y obligaciones que encontramos dentro de la patria potestad como son el cuidado, educación, vigilancia, alimentos, vestido, etcétera; a favor de los menores, éstos surgen de las relaciones paterno filiales que los padres tienen para con sus hijos cuando éstos han nacido, es decir, de la procreación propia del hombre, por tales motivos, esos deberes que les impone la patria potestad a los progenitores que se fundan en la naturaleza no pueden transmitirse por mero

consentimiento entre ellos, ya que si por lo contrario así fuera los intereses del menor se perjudicarían y estaría desprotegido en todo sentido, transgrediendo de esta manera el orden público y la estabilidad de la familia: por tal razón, se insiste que los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad no deben estar sujetos a convenio entre los padres, ya que el único facultado para decidir si se otorga o priva de tal derecho a uno de ellos es el juez de lo familiar, siempre que a su juicio existan causas graves que perjudiquen al menor y que las mismas sean suficientemente fundadas para emitir su determinación, ya sea privando o concediendo a alguno de los padres la titularidad sin que se perjudiquen los intereses del menor.

Además de que el convenio celebrado entre los progenitores resultaría totalmente nulo, por que como se ha dicho no se pueden transmitir las obligaciones por mero consentimiento entre los padres, en virtud de que la patria potestad es considerada como una de las instituciones del orden público, y además por ser ésta una de las características que distinguen a dicha institución.

c) Si se conviniera dicho ejercicio, el mismo se entendería como una renuncia por parte de aquel padre que no quiere hacerse cargo de los derechos y obligaciones que la patria potestad impone a ambos padres.

Como se habló en el inciso anterior, si los progenitores lograran transmitir sus obligaciones mediante convenio, indudablemente el que se quedara con el ejercicio de la patria potestad no estaría de acuerdo posteriormente con tal decisión para el caso de que el otro progenitor no contribuyera con sus obligaciones a favor del menor: pues tal actitud implicaría una renuncia a los derechos que se derivan de la patria potestad en perjuicio del sujeto a ella, además de que se lesionarían los intereses del menor si se aplica por el juzgador lo dispuesto en el artículo 362 del Ordenamiento Civil de dicha entidad, motivo por el cual, no es legal ni conforme a derecho que se dejen a los

progenitores la facultad para transmitir sus obligaciones paternas mediante convenio, en virtud de que éstos no se pueden liberar de sus deberes que la propia naturaleza les impuso; en cuanto a este punto se ha emitido tesis jurisprudencial al respecto, cuyo rubro es el siguiente:

“PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LA.

La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que esta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6 del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero en cambio, no lo son a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquéllos deberes que la potestad paterna les impone”.

Amparo Directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís. Séptima Época: Vol. 30, Cuarta Parte.

Pag. 65.

Ahora bien, la anterior ejecutoria si la aplicamos en relación al artículo 362 del mismo ordenamiento legal en lo que se refiere al convenio que debe celebrarse entre los padres que viven separados para determinar la patria potestad del menor, podemos decir que encuadra totalmente dicho razonamiento en este supuesto legal, ya que resuelve atinadamente que la patria potestad por ser de interés público y que uno de los puntos principales es el de velar por los intereses de los menores, la misma no debe estar en manos de los padres el cumplimiento de dicho convenio, porque se atentaría en contra del orden público: en tal virtud, resultaría totalmente nulo el convenio que tenga por objeto el de transferir las obligaciones que la patria potestad impone a los ascendientes. En cuanto a este punto, sostiene la tesis jurisprudencial lo siguiente:

**“PATRIA POTESTAD. NULIDAD DE CONVENIO
DONDE SE RENUNCIA A LA.**

El convenio relativo a la custodia del menor no implica la excusa a la patria potestad, por que sólo se da en las hipótesis previstas específicamente por el artículo 445 del Código Civil de la Entidad y consecuentemente cuando se refiere al mal estado de salud y no se prueba su habitualidad, es procedente solicitar la nulidad del referido convenio, cuando este implica la renuncia a la patria potestad, sin que sean óbice las razones económicas aducidas, más aún cuando quien este obligado al sostenimiento del menor lo es aquél de quien se demanda la nulidad y está obligado al cumplimiento de ese derecho alimentario”.

Amparo Directo 360/85. J. Jesús Aguilar Molina. 25 de Noviembre de 1985.
Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretario: Ignacio Flores Anguiano.

Por tal motivo, si los progenitores lograran transmitirse los deberes que les impone recíprocamente la patria potestad mediante convenio, éste sería totalmente nulo, ya que una de las características de esta institución es que la misma no es susceptible de convenio y por lo tanto las obligaciones que la ley reconoce a los titulares de la patria potestad no deben ser materia de convenio, además por no existir dispositivo legal alguno que autorice o conceda a los progenitores la facultad de renunciar a los deberes que la naturaleza paterna les impuso.

Para tener una mejor idea de lo antes argumentado, daremos primeramente la definición de lo que es el orden público, el cual se entiende como “el orden dentro de la sociedad. De allí, de su origen político, deriva de la imprecisión del concepto de orden público. El ordenamiento jurídico, es un sistema regulador y en cierto sentido conservador, tiende a conservar una determinada organización social, cualquiera que ella sea, pretende mantener las bases morales, económicas, políticas, etcétera, en que descansa el grupo social, para hacer posible el equilibrio de las relaciones interhumanas”. (55)

De la anterior definición, se explica la razón del porqué es considerada a la patria potestad como una institución del orden público, esto en virtud de que el ordenamiento jurídico otorga y faculta a los individuos a realizar determinados actos según convenga a sus intereses, pero siempre y cuando sea dentro de los límites que marque la ley, es decir, cuando no se perjudiquen derechos de terceros; para mantener de esta forma la organización social y el interés colectivo entre los individuos. Por tal motivo, los titulares de la patria potestad deben cumplir y respetar lo que expresamente establece la ley, tal y como lo indica el artículo 6 del Código Civil del Estado de México que establece que: “La voluntad de los particulares no pueden eximir de la observancia de

⁵⁵ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *op. cit.*, p. 132.

la ley ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”.

Por tal motivo, el artículo 362 del Código Civil del Estado de México contraviene lo dispuesto por el numeral antes citado, en virtud de que como se ha sostenido anteriormente, la patria potestad por ser de interés público la misma no puede transmitirse, renunciarse o modificarse por simple acuerdo entre los titulares, esto porque el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores los deberes que dada su característica paterna les confiere, éstos cumplan debidamente esa función a favor del menor, además por tener una regulación específica de que los padres tienen la obligación de velar por los intereses del menor, éstos no pueden por voluntad propia atentar en contra de tercero o del orden público, ya que la institución de la patria potestad prohíbe a los progenitores que renuncien a aquéllos derechos que por naturaleza les pertenecen, pero si por el contrario ambos desconocieran sus deberes, esto traería como resultado que los derechos del menor se lesionaran, por lo que en consecuencia se estaría fuera de lo que marca la propia ley.

d) Que el legislador en lugar de utilizar a la patria potestad, debió de haberse referido a la institución de la custodia, función que legalmente puede ser susceptible y objeto de convenio entre los padres que viven separados, por tal razón, es necesario que dicho precepto legal se adecue a las exigencias sociales, en vista de que como la misma tiende a sufrir cambios en su entorno, de igual manera este dispositivo también debe ajustarse y adecuarse a la realidad social en que se vive.

Ahora bien, como se ha expuesto anteriormente que la función de mayor importancia es la concerniente a la guarda y custodia de los hijos, ya que sin esta, difícilmente se cumplirían con los deberes de cuidado, vigilancia, protección,

alimentación, etcétera: a favor del hijo, ya que es muy importante que los padres que viven separados, ambos convengan sobre la custodia del menor para que el designado cumpla debidamente las funciones de cuidado y protección, pues en este caso, el otro ascendiente que no tiene el ejercicio de este privilegio vigile que los cuidados del menor se satisfacen en su beneficio y no de aquél que ejerce ese cargo. “La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados: la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de la patria potestad”. (56)

Por otro lado, y como se ha dicho que el artículo 362 de la Legislación Civil del Estado de México utiliza indebidamente a la institución de la patria potestad, y que faculta o confiere a los titulares de la misma, para convenir sobre su ejercicio, se concluye finalmente que este acuerdo de voluntades no produciría efecto legal alguno, ya que la patria potestad no es susceptible de convenio, en virtud de que la naturaleza paterna no permite que los lazos de afecto que se tienen para con los hijos, se extingan, renuncien, transmitan o convengan entre los padres; institución que es totalmente distinta a la guarda y custodia del menor, ya que la naturaleza de esta función si permite que los progenitores acuerden sobre su ejercicio, tal y como lo prevé el artículo 380 del Código Civil del Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

“Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la **custodia**; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

Con el análisis de este último apartado, damos por concluido el presente

⁵⁶ *Ibidem*, p. 681.

trabajo en el que se ha demostrado que es preciso se reformen conjuntamente los artículos 362 y 363 del Código Civil del Estado de México, para ajustarlo a la realidad social, ya que la patria potestad y la custodia son instituciones totalmente diferentes, en donde la custodia del menor hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, pues se considera un atributo de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desligada de la posesión material del menor, por que tal posesión es un medio indispensable para protegerlo física y espiritualmente, y a procurararlo en todas sus necesidades: deberes que corresponderá a uno de los padres que conviva con el menor, es decir, el que tenga la posesión del hijo mediante la convivencia y bajo el mismo techo; ya que se debe tomar en consideración que el ejercicio de la patria potestad aún la conservan los progenitores, lo único sería que el legislador de la entidad confiriera en este precepto legal a los titulares la facultad de resolver sobre la guarda y custodia del menor y no como erróneamente lo establece que sea la patria potestad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A principios, en la Roma Antigua no se contaba con un ordenamiento legal específico que regulara lo relativo al ejercicio de la patria potestad a favor del menor, puesto que no se tenía una idea clara de lo que significaba la protección de los hijos, ya que imperaba en el pater familias un poder absoluto de vida o muerte, de tomar decisiones en perjuicio de los miembros de su familia que se encontraban sujetos bajo su potestad; posteriormente ya en el Derecho Romano Clásico se fue atenuando la intervención rígida del pater a favor de su familia, hasta que finalmente en la fase Imperial se anuló por completo ese carácter despótico con el que era investido el jefe de familia, llegando finalmente a ser un derecho protector a favor de la familia y aún más de los hijos. En cuanto a la institución de la custodia de los hijos, ésta se ejercía conjuntamente con la patria potestad, ya que no se contaba con una reglamentación específica.

SEGUNDA.- La legislación francesa al regular lo relativo al ejercicio de la patria potestad, nos da un marcado cambio en relación al ordenamiento romano, ya que la idea principal de esta institución fue la de establecer un derecho protector para beneficio de los menores, tanto para su persona como para sus bienes, correspondiendo a ambos padres la obligación de velar por los intereses de sus hijos y no a favor del que la ejercía. Por lo que toca a la guarda y custodia del menor, esta legislación no la regulaba en forma separada, en virtud de que la misma se cumplía al ejercer la patria potestad del menor.

TERCERA.- En nuestra legislación mexicana, el Código Civil de 1870 que estuvo influenciado principalmente por el Código Francés y el Español, optó por regular lo relativo a la protección del menor, aunque no fue bastante el alcance que quiso dar, ya que el mismo fue derogado por la creación del Código de 1884, el cual no aportó mayores beneficios hacia los menores, por tal razón fue derogado por la Ley de Relaciones

Familiares de 1917, que otorgó mayores beneficios a los hijos, imponiendo derechos, obligaciones y sanciones para quienes la ejercían.

CUARTA.- La patria potestad y la custodia del menor, son instituciones totalmente diferentes, en virtud de que se pueden ejercer conjuntamente, es decir, cuando los progenitores viven juntos y no hay controversia alguna que de origen a la división de esos deberes entre los padres; quienes a juicio del juez podrán ejercer ya sea una u otra, o ambos deberes a favor del menor.

QUINTA.- La persona que ejerce la patria potestad sobre sus descendientes, no pierde la misma por el simple hecho de convenir con el otro progenitor su ejercicio, es decir, que es facultad del juez determinar a quién de los progenitores se le concede o niega su ejercicio o si ambos aún lo conservan; más no debe estar a elección de los titulares de la misma el de acordar su transmisión, ya que los dos seguirán cumpliendo con dicha función a favor del menor.

SEXTA.- El legislador del Estado de México confunde la patria potestad con la institución de la custodia, en virtud de que en los artículos 362 y 363 del Código Civil otorgan la facultad a los progenitores de convenir su ejercicio, siendo que no es conforme a derecho que esté en manos de los particulares el de transferirse recíprocamente sus obligaciones, puesto que es facultad del juez de lo familiar determinar si se priva o no a alguno de los progenitores de dicha función, ya que la patria potestad es de interés público e irrenunciable.

SÉPTIMA.- El único facultado para privar de la patria potestad es el juez de lo familiar, cuando uno o ambos progenitores encuadren su conducta en alguno de los supuestos previstos en el artículo 426 fracciones I, III y IV del Código Civil para el Estado de México, y se acredite fehacientemente por parte del juzgador dicha causal, para

que posteriormente declare mediante sentencia definitiva si se priva o no de la patria potestad al progenitor culpable.

OCTAVA.- La custodia del menor la podrán determinar ambos padres de mutuo acuerdo, pero no podrán hacerlo para determinar el ejercicio de la patria potestad, ya que la misma por ser de interés público, no permite que se transmita o modifique su contenido.

NOVENA.- El acuerdo a que lleguen los progenitores de convenir el ejercicio de la patria potestad no produciría efecto legal alguno, ya que su naturaleza jurídica no permite que sea susceptible de convenio, además de que la ley prohíbe que se renuncien a leyes del orden público, los padres no pueden extinguir, renunciar, transmitir o convenir su ejercicio; institución que es muy distinta a la guarda y custodia del menor, ya que la naturaleza de esta función sí permite que los progenitores acuerden sobre su ejercicio.

DÉCIMA.- Propongo que se reformen los artículos 362 y 363 del Código Civil del Estado de México, ya que utilizan indebidamente a la patria potestad como un derecho renunciable, en el que pueden determinar libremente su ejercicio ambos progenitores mediante convenio, institución que no se compara con la guarda y custodia del menor, ya que ésta se refiere a la posesión física y material del menor, supuestos que deberían ser analizados por el legislador de dicha entidad para evitar conflictos que perjudiquen a los menores, y se refiera a dicha función en tales preceptos, los cuales quedarían de la siguiente manera:

“ Artículo 362.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la **custodia**; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al

Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

“Artículo.- 363.- En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público”.

JURISPRUDENCIA

1. **MENOR. CUSTODIA DEL. CUANDO LOS PADRES SE SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO.** El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el reconocimiento de hijo de padres que no vivan juntos, el primero se refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso en que cuando los padres no hicieren el citado reconocimiento en el momento de registrar a su hijo, sea el juez de lo familiar quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor, previa audiencia a los padres y al agente del Ministerio Público, luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quien de los dos ejercerá la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad, sea facultad de un juez de lo familiar resolver lo más conveniente a los intereses del menor.

Amparo Directo 3080/90. Juan Manuel Naranjo Cardona. 25 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI. Julio-Diciembre 1990. Segunda Parte. Tribunales Colegiados. Pag. 200.

2. **MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.** Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidados necesarios, de tal suerte que, si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite.

Amparo Directo 5057/73/1ª Manuel Ramón Gil López. Marzo 3 de 1975. 5 votos.
 Ponente: Mtro. David Franco Rodríguez. Secretario: Efraín Ochoa Ochoa.
 Boletín No. 15 al Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala. Pag. 46.

3. **PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA.** Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas o indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Amparo Directo 4024/82. Joel Díaz Barriga Murillo. 16 de febrero de 1983. 5 votos.
 Ponente: Jorge Oliviera Toro. Secretaria: Gilda Rincón Orta.

4. **PATRIA POTESTAD. PARA TENER POR COMPROBADAS LAS CAUSALES DE SU PÉRDIDA LA CONFESIÓN FICTA ES INSUFICIENTE.** En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paternofiliales y en que padres e hijos mantengan los vínculos legales que generen derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, estas deben estar comprobadas de tal modo que permitan concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudiera comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono que de los hijos hubieren hecho por más de seis meses. Por tanto, no basta que no se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por comprobados los hechos que se le atribuyen sino hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues la ausencia de contestación sólo

constituiría un indicio de que se presentaron pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere.

Amparo Directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro (Raquel Navarro Lomeli). 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González.

5. **PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA. SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS A CONVENIO.** Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, por que no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo debe versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su guarda y custodia no deriva de los casos especiales de divorcio; del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la separación de los padres.

Amparo directo 295/93. Héctor Becerra Martínez. 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco. Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Marzo 1994, Tomo XIII. Pag. 417.

6. **MENOR. CUSTODIA DEL. CUANDO LOS PADRES SE SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO.** El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el reconocimiento de hijo de padres que no vivan juntos, el primero se refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso en que cuando los padres no hicieron el reconocimiento en el momento de registrar a su hijo.

sea el juez de lo familiar quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor, previa audiencia a los padres y al agente del Ministerio Público, luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quién de los dos ejercerá la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad, sea facultad de un juez familiar resolver lo más conveniente a los intereses del hijo.

Amparo Directo 3080/90. Juan Manuel Naranjo Cardona. 25 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI. Julio-Diciembre 1990. Segunda parte. Tribunales Colegiados. Pag. 200.

7. PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

DERIVADOS DE LA. Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 80. del Código Civil.

Sexta Época. Cuarta Parte: Vol. LXVII, Pag. 110. A. D. 8824/61. Rodolfo Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos.

8. PATRIA POTESTAD. SUS DERECHOS SON INTRANSMISIBLES.

Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad, aunado a lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.

Amparo Directo 7020/86. María Luisa Rosas Viuda de Valdés y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

9. **PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA. SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS A CONVENIO.** Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, porque no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo puede versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su guarda y custodia no deriva de los casos especiales de divorcio; del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la separación de los padres.

Amparo Directo 295/93. Héctor Becerra Martínez. 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco. Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Marzo 1994, Tomo XIII, Pag. 417.

10. **PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR.** La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son los de velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el de formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el

mismo techo e ininterrumpidamente.

Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. 5 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

11. PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LA. La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que esta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6 del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero en cambio, no lo son a aquéllas situaciones de poder jurídico que deben ser *incluidas* dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquéllos deberes que la potestad paterna les impone.

Amparo Directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís. Séptima Época: Vol. 30. Cuarta Parte. Pag. 65.

12 PATRIA POTESTAD. NULIDAD DE CONVENIO DONDE SE RENUNCIA A

LA. El convenio relativo a la custodia del menor no implica la excusa a la patria potestad, por que sólo se da en las hipótesis previstas específicamente por el artículo 445 del Código Civil de la Entidad y consecuentemente cuando se refiere al mal estado de salud y no se prueba su habitualidad, es procedente solicitar la nulidad del referido convenio, cuando este implica la renuncia a la patria potestad, sin que sean óbice las razones económicas aducidas, más aún cuando quien este obligado al sostenimiento del menor lo es aquél de quien se demanda la nulidad y está obligado al cumplimiento de ese derecho alimentario.

Amparo Directo 360/85. J. Jesús Aguilar Molina. 25 de Noviembre de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretario: Ignacio Flores Anguiano.

BIBLIOGRAFÍA

1. A. Zannoni. "Derecho Civil". Derecho de Familia. Tomo II. Primera Reimp. Editorial Astrea Depalma. Buenos Aires, 1991. 899 pp.
2. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano". (Tr. José M. Caramés Ferro). Editorial Depalma. 682 pp.
3. BAQUEIRO ROJAS, Edgar. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla México, 1990. 493 pp.
4. BONNECASE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". (Tr. José M. Cajica) Tomo I. Editorial Cárdenas. 1985. 700 p.
5. BONFANTE, Pedro. "Instituciones de derecho Romano". (Tr. Luis Bacci y Andrés Larrosa) Quinta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1979. 711 pp.
6. CASTÁN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo IV. Instituto Editorial Reus. 1955.
7. CICU, Antonio. "El Derecho de Familia". (Tr. De Santiago Sentis Melendo) Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L. Buenos Aires, 1947.
8. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1994. 526 pp.
9. D'ORS. "Derecho Privado Romano". Octava Edición. Ediciones Universidad de Navarra Pamplona. 1991. 631 pp.
10. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. Parte General. Personas. Familias. Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997. 790 pp.
11. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Qué es el Derecho Familiar". Tercera Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México. 1987. 429 pp.
12. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Derecho Familiar". Segunda Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1988. 257 pp.
13. IBARROLA, Antonio de. "Derecho de Familia". Cuarta Edición. Editorial Porrúa.

- México. 1993. 608 pp.
14. LEMUS GARCÍA, Raúl. "Derecho Romano". Personas, Bienes. Sucesiones. Cuarta Edición. Editorial LIMSA. México. 1979. 309 pp.
 15. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. "Derecho de Familia". Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1984. 859 pp.
 16. MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo III. Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1988. 586 pp.
 17. MARGADANTS FLORIS, Guillermo. "El Derecho Privado Romano". Décima Novena Edición. Editorial Esfinge. México. 1993. 530 pp.
 18. MAZEAUD, Henri Leon y MAZEAUD, Jean. "Lecciones de Derecho Civil". (Tr. de Alcalá, Zamora y Castillo) Primera parte. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1959.
 19. MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. 429 pp.
 20. MORINEAU IDUARTE, Martha. "Derecho Romano". Tercera Edición. Editorial Harla. México. 1993. 296 pp.
 21. MUÑOZ, LUIS. "Derecho Civil Mexicano, Parte General, Derecho de Familia". Tomo I. Ediciones Modelo. México. 1971. 489 pp.
 22. PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". (Tr. José Fernández González) Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. 717 pp.
 23. PEÑA B. DE QUIROS, Manuel. "Derecho de Familia". Madrid. 1989. 645 pp.
 24. PINA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Introducción. Personas. Familia. Tomo I. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. 406 pp.
 25. PLANIOL Marcel y RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Introducción. Familia. Matrimonio. Primera Edición. Vol. II. Editorial Cárdenas México. 1983. 520 pp.
 26. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Introducción. Personas y Familia". Vigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. 537 pp.

27. RUGGEIRO, Roberto de. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1978. 536 pp.
28. SOHM, Rodolfo. "Instituciones de Derecho Privado Romano". (Tr. Wenceslao Roces) Editorial Nacional. México. 1975. 414 pp.
29. VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". *Décima Segunda Edición*. Editorial Porrúa. México. 1995. 484 pp.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. CÓDIGO CIVIL del Distrito Federal y Territorios de la Baja California. México 1870.
2. CÓDIGO CIVIL del Distrito Federal y Territorios de la Baja California. México 1884.
3. CÓDIGO CIVIL del Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Feral. México 1928.
4. CÓDIGO CIVIL del Distrito Federal Vigente.
5. CÓDIGO CIVIL del Estado de México Vigente.
6. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES de 1917. Tercera Edición. Editorial Ediciones Andrade. México 1980.

OTRAS FUENTES

REVISTAS

1. ABOU'HAMAD HOBAICA. Chibly. "El Juicio Sobre el Derecho de Guarda". Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Año XXIII, abril-junio de 1960. No. 112.
2. CASTÁN VÁZQUEZ. José M. "La Llamada Patria Potestad de Hecho". Revista de Derecho Privado, octubre de 1978. Madrid. España.
"La Patria Potestad Sobre los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio". Revista de Derecho Privado, julio de 1976.
"La Patria Potestad en la Legislación Española". Revista del Instituto de Derecho Comparado, enero-diciembre. No. 26-27, 1966.

MANUALES

1. LE FUR, Delos, Radbruch, Carlyle. "Los Fines del Derecho". (Tr. de Daniel Kuri Breña) Cuarta Edición. Manuales Universitarios UNAM. 1967. 95 p.

DICCIONARIOS

1. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Tomo II. Primera Edición. México 1983. p. 389.