

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

321309

16

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

293823



SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD AL PROGENITOR QUE TRASGREDA EL MANDATO JUDICIAL QUE HA OTORGADO LA GUARDA A OTRO PARIENTE

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

OSCAR CUETO CRUZ

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. ANDRES LEDESMA FUENTES
CED. PROFESIONAL No. 1610991



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

Porque gracias a su don, puedo disfrutar de la hermosa vida y llegar hasta este día tan feliz.

MADRE

CRISTINA CRUZ GARCÍA por darme la vida y la oportunidad de desarrollarme, hoy sabes que los sacrificios a lo largo de tu vida no han sido vanos, retribuyéndote la dedicatoria a tu tesis profesional, eres mi orgullo, mi ejemplo a seguir y la base de mi existencia no encuentro como expresarte todo lo que significas para mi, ni como agradecerte todo lo que has hecho por mi **TE AMO.**

AMOR

PATRICIA GÓMEZ ROMERO Mi grande y hermoso amor, agradezco a Dios el poder unir mi vida con la tuya y darme la felicidad a tan temprana etapa de mi vida, te amo porque reúnes todo lo que yo busco en una mujer, por apoyarme en momentos difíciles y tolerar mi carácter, pero sobre todo por ser tan maravillosa como eres, tu me induces a luchar para conseguir mis metas y me sostienes en mis momentos débiles, saberte a mi lado me hace muy feliz **TE AMO.**

HIJA

DAIRA SAMARA CUETO GÓMEZ La personita mas linda del mundo, eres el motor de mi existencia y acicate de superación, con la ilusión de que cumplas tus metas en la vida y seas muy feliz, cuando pienso en tí, la alegría surge en mi alma **TE AMO.**

HERMANO

STEVE ANDRÉ RODRÍGUEZ, espero que algún día entiendas que de verdad siento no haber estado contigo todo el tiempo que yo hubiese deseado, recuerda que siempre podrás contar conmigo porque el apoyarte no me significa ningún problema, por eso cuando necesites de mí no dudes en decírmelo porque siempre trataré de ayudarte **TE QUIERO**.

TÍA CATA

CATALINA CRUZ GARCÍA, por brindarme tu tiempo y tus cuidados en mi niñez, te llevo siempre en mi corazón con gran cariño.

ABUELITA

JUSTA GARCÍA GONZÁLEZ, gracias por tu gran cariño y tus cuidados, saber que te tenemos nos hace felices, **TE QUIERO**.

PAPÁ

RAÚL RODRÍGUEZ GARCÍA, por ser la imagen paterna que ayudó a mi formación y regalarme momentos felices cuando era niño, mismos que siempre llevo en mi recuerdo.

AMIGO

ANDRÉS BALTASAR URIBE, por tu apoyo en mi adolescencia y por tu amistad sincera y desinteresada que para mí es muy valiosa, admiro tu carácter y coraje ante la vida.

A todos aquellos que me aprecian y que nunca podría dejar de lado en este momento de mi vida.

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD	
1.1. Ubicación en nuestro sistema jurídico.	2
1.2. La Patria Potestad en Roma.	4
1.2.1. Concepto Romano de Patria Potestad.	4
1.2.2. Poderes que otorgaba la Patria Potestad en Roma.	7
1.2.3. Las fuentes de la Patria Potestad en Roma.	12
1.2.4. Formas de extinguirse la Patria Potestad.	14
1.3. La Patria Potestad en otros pueblos antiguos.	16
CAPÍTULO II LA FAMILIA, EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN COMO FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD	
2.1. La Familia.	19
2.1.1. Origen de la Familia.	20
2.1.2. Evolución de la Familia.	22
2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Familia.	25
2.1.4. La Familia Matrimonial y la Familia Extra Matrimonial.	27
2.2. El Parentesco.	29
2.2.1. Consecuencias Jurídicas del Parentesco.	31

2.3. La Filiación.	32
--------------------	----

CAPÍTULO III ESTUDIO DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. Principales Conceptos.	40
3.2. Características Esenciales de la Patria Potestad.	43
3.3. Personas que Ejercen la Patria Potestad.	45
3.4. Efectos de la Patria Potestad.	46
3.4.1. Efectos con relación a las personas.	46
3.4.2. Efectos sobre los Bienes de los hijos.	49
3.5. Extinción de la Patria Potestad.	51
3.6. Estudio de la Patria Potestad en el Código Civil para el Estado de México y comparativo con el Código Civil del Distrito Federal.	52

CAPÍTULO IV SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PROGENITOR QUE TRASGREDA EL MANDAMIENTO JUDICIAL QUE HA OTORGADO LA CUSTODIA A OTRO PARIENTE

4.1. Principales conceptos sobre custodia.	71
4.2. Antecedentes y Clasificación de la custodia.	78
4.3. Clasificación de la custodia.	80
4.3.1. Por su tiempo de duración.	81
4.3.2. Por el hecho que le da origen.	81
4.4. Características y funciones que comprende la custodia.	82
4.5. Mandato Judicial que asigna la Custodia de los menores a uno solo de sus progenitores o a un pariente.	83
4.5.1. Progenitores unidos en matrimonio.	83
4.5.2. Progenitores concubinos o que viven en unión libre.	95

4.5.3. Asignación de la Patria Potestad a un Tercero	96
4.6. Procedencia de la suspensión de la Patria potestad al progenitor que transgreda el mandato Judicial que ha otorgado la custodia a otro pariente.	98
CONCLUSIONES.	104
BIBLIOGRAFÍA.	109

INTRODUCCIÓN

La necesidad que existe en el Estado de México de una legislación civil más apegada a la realidad respecto a la guarda y custodia de los menores que se encuentran sujetos a la patria potestad, es lo que han motivado el presente trabajo de tesis, pues el contenido de los artículos que regulan la patria potestad en este Estado, ha quedado rezagado respecto a otras legislaciones, en particular a la del Distrito Federal, que actualmente ya toma en cuenta la custodia de los menores en caso de la separación de quienes la ejercen, imponiendo obligaciones a aquellos que aún no teniendo la guarda, deben continuar con el cumplimiento de sus deberes.

Por lo anterior en esta investigación, expongo un caso en particular: *La suspensión de la patria potestad*, bajo la premisa de que procede decretarla cuando se viola el sano desarrollo de su menor hijo al no reintegrarlo al domicilio que legalmente ha sido designado para su custodia, cuando ésta última ha sido otorgada al otro titular de este derecho, por virtud de la separación de ambos progenitores.

Efectivamente, al impedir la residencia continua en un domicilio determinado, se provoca la inestabilidad del menor, al cambiarlo de hábitos en cuanto horarios, alimenticios, lugar de estudio e incluso de amistades, por eso resulta conveniente suspender la patria potestad al progenitor que cometa esta falta, ello con la finalidad de poder, con esta acción, reintegrar a la brevedad al menor a sus anteriores costumbres de vida.

Pero para comprender ampliamente la importancia que reviste la Figura Jurídica de la Patria Potestad en el marco de nuestro derecho, como la Institución que ampara el sano desarrollo de los menores sujetos a ella, comenzaré mi estudio, primeramente

ubicándola en nuestro sistema jurídico, para posteriormente adentrarnos en los antecedentes de la patria potestad en los pueblos antiguos que han conocido de un modo u otro esta figura, en especial en el pueblo romano, que es donde se dan con mayor abundancia datos sobre ésta, enunciando las grandes diferencias que se dieron en esta civilización, respecto a nuestro derecho vigente y la finalidad que persigue, sin dejar de lado la severidad que implicaba para aquellos a que estaban sujetos a ella, tanto en sus bienes como en su persona.

En el presente estudio expondré cómo la filiación, la familia y el parentesco dan origen a la figura jurídica en comento, por lo cual, haré un estudio general tanto de la filiación como antecedente de la familia y por supuesto el parentesco; asimismo se estudiará de una manera más detallada la patria potestad, tomando en cuenta quiénes tienen derecho a ejercerla y sobre quiénes se ejerce, los efectos sobre sus personas y sobre sus bienes, los modos de terminarse, perderse y suspenderse, su significado etimológico, entre otros conceptos que previene nuestra doctrina.

En el capítulo tercero, se hace un estudio de la patria potestad en el Código Civil para el Estado de México y se compara con el Código Civil en el Distrito Federal, resaltando las diferencias que existen entre ambas legislaciones y asentando de esta manera la necesidad de la adecuación de la legislación mexiquense a la realidad que vive la sociedad en un aspecto tan medular como es la formación de los individuos bajo la figura de la patria potestad.

La Custodia como elemento principal de la patria potestad, ocupará un apartado especial y se estudiará a fondo en la presente investigación aspectos como sus antecedentes, su clasificación y sus funciones, citando al respecto algunas ejecutorias y jurisprudencias que establecen cómo la custodia se puede desprender de la patria potestad, sin que por este hecho desaparezca la segunda.

La metodología que se utilizará en la presente investigación es eminentemente teórica, pues si bien en el capítulo cuarto se abordará un caso práctico sobre una sentencia de divorcio necesario, para ilustrar un caso en el que los padres se separan y los menores hijos quedan bajo la custodia de uno solo de ellos, obligándose de esta suerte al establecimiento de un régimen de visitas, éste es transcrito íntegramente de un expediente tramitado en el Estado de México, sin que se lleve a cabo de modo alguno un caso práctico.

Asimismo se establecerán las situaciones en que se asigna la custodia a uno solo de los sujetos que por derecho la ejercen (como el citado en el párrafo que antecede), dando como resultado el establecimiento de un régimen de visitas, la transgresión a éste, con las consecuencias negativas para el menor y con ello dejar asentado la conveniencia de suspender la patria potestad. Lo anterior tendrá como sustento algunas tesis jurisprudenciales que se estudiarán como aquella en la que se limita el ejercicio de la patria potestad cuando uno de los cónyuges conserva la guarda y custodia de los menores o la que asigna la custodia a un tercero.

Se justificará el porqué de no incluir el aspecto penal en el presente trabajo, tratando sobre todo que permanezca la cordialidad familiar, que si bien se ha dado la separación, debe continuar para el sano desarrollo de los menores, cosa que no sería posible de denunciarse a un cónyuge por el secuestro de un menor.

Finalmente se concluirá la investigación a través del recorrido por los artículos más importantes de la convención sobre los Derechos del Niño, de la que México es parte, en la que en general se establece que los países integrantes deben asegurar la protección de los menores, buscando en todo caso el interés superior de los niños en aquellos procesos civiles en los que éstos se vean inmiscuidos.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 Ubicación en Nuestro Sistema Jurídico.

Al ser el presente trabajo de tesis una propuesta, pero a la vez un estudio sobre la patria potestad, es de suma importancia entender el pasado y la evolución de esta Institución, por ello, debemos empezar por saber qué es y en qué consiste esta figura jurídica.

Aunque en capítulos posteriores nos ocuparemos de un estudio más detallado tanto etimológico y conceptual de la patria potestad, por ahora bastará con saber que se entiende como patria potestad **el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, para que éstos sean adecuadamente educados.**¹

Para adentrarnos en los antecedentes de la patria potestad, no hay que olvidar el sistema jurídico al que pertenecemos, que es el sistema romano-germánico, pues es precisamente en Roma donde se da el más directo antecedente de la Institución que ahora nos ocupa ya que tenía una organización respecto de la familia bien definida y un concepto de la patria potestad que en realidad tenía verdaderas diferencias con la figura que nuestro derecho ahora enmarca.

Al respecto es conveniente citar: “ Repasando lo acaecido en épocas antiguas, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que es en Roma, realmente donde existió la patria potestad, porque aún cuando hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad

¹ Antonio De Ibarrola, Derecho de Familia, p.348.

alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas”².

Por lo que respecta al **Derecho Germánico** la relación entre padres e hijos era diferente que en el derecho Romano, pues la patria potestad se ejercía predominantemente con la idea de protección y cesaba a determinada edad por lo que se puede asentar que dicha idea fue un antecedente directo en la idea moderna de la institución en estudio.

En efecto, el Munt Germánico significaba un derecho y un deber de protección que no solo incumbía al padre sino también a la madre quién mientras vivía el Padre solo tenía algunos derechos y ciertas obligaciones como las de cuidado y aseo de los menores, pero a la muerte de padre, podía hacer valer su derecho. “ El Munt germánico, evidencia además una participación materna, no sólo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, sino por reconocérsele derechos y deberes durante el ejercicio de la institución por éste”³.

Finalmente en el **Derecho Germánico**, a diferencia del Derecho Romano la Potestad del Padre no es vitalicia sino que termina cuando el hijo ya crecido, comienza una vida económicamente independiente.

El Código de Napoleón trató de conciliar el derecho romano con el germánico y conservó la denominación romana pero organizándola con predominio evidente de las reglas consuetudinarias, cuestión que es perfectamente aplicable con nuestro Código Civil.

² Antonio De Ibarrola. Op. cit. p.359.

³ Francisco Bonet Ramón. Compendio de Derecho Civil. p.594.

1.2 La Patria Potestad en Roma.

El estudio de la Patria Potestad respecto a sus antecedentes históricos no puede llevarse a cabo sin estudio minucioso del pueblo romano, por ello se aborda en los párrafos y páginas subsecuentes ya que si bien es cierto que los hebreos, galos, persa y en general, pueblos que han practicado el régimen patriarcal tienen antecedentes respecto a esta figura, es del derecho romano de donde contamos con mayor información; aunque hay quien sostiene: “los orígenes de la misma permanecen inciertos todavía y sus raíces se encuentran en el derecho ático y no exclusivamente en el romano”⁴.

1.2.1 Concepto Romano de Patria Potestad.

La patria potestad en el derecho romano se le conocía como la **potestad paternal**, o la **patria potestad**, y consistía en la autoridad que el Paterfamilias ejerce sobre los descendientes que forman parte de su familia ya sean hombres o mujeres; sobre los descendientes de los varones, sobre extraños adoptados y sobre los hijos naturales legitimados. En una época histórica, en Roma, a esta autoridad o poder sobre las personas y cosas se le conoce como *manus*, posteriormente recibió diferentes denominaciones según a quien se dirigía a saber:

- Sobre sus hijos y nietos→ *patria potestad*.
- Sobre su esposa y nueras→ *manus*.
- Sobre algunas personas libres→ *mancipium*.
- Sobre sus esclavos→ *domínica potestas*.
- Sobre sus libertos→ *tura patronatus*.

⁴ Eduardo C. Busso. Código Civil Anotado. t.II-2. p. 531.

Esta facultad solo podían ejercerla los ciudadanos romanos sobre un hijo también ciudadano, al respecto el maestro SABINO VENTURA SILVA expone respecto del Paterfamilias: “ La plena capacidad jurídica patrimonial estaba condicionada por el hecho de que el sujeto fuera, por lo menos potencialmente, jefe de familia, no sometido a la potestad de otro.

Las personas consideradas en la familia, se dividían en dos clases:

A) Alieni iuris: sometidos a la autoridad de otro. . .

B) Las personas libres de toda autoridad se llaman *sui iuris*; el hombre *sui iuris* es llamado *Paterfamilias* o jefe de familia. Este título implica el derecho de tener patrimonio y de ejercer, sobre otros, los poderes antes citados; y todo lo que adquirían aquellos por su trabajo o en otra forma, le aprovechaba a él exclusivamente”⁵.

La Patria potestad en Roma difería pues del concepto que hoy conocemos, pues nosotros estimamos esta facultad que tiene el padre sobre el hijo como una mera protección y apoyo para su mejor desarrollo, es decir, una tutela que termina cuando el hijo llega a un entendimiento y tiene facultades para valerse por sí mismo, sin embargo en Roma no pasaba lo mismo, pues la sumisión de los descendientes ante sus ascendientes no se liberaba ni por la edad, ni por el matrimonio, ni por el desarrollo de sus facultades y la diferencia más esencial es que el derecho que tenían los padres sobre los hijos era materialmente ilimitado, toda vez que un Paterfamilias podía implementar como medida disciplinaria a un hijo el quitarle la vida, aunque este hecho fue variando a través de las diferentes etapas de la historia en Roma y prohibido en alguna de éstas.

⁵ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. p. 79.

Con relación al poder tan elevado que concedía la patria potestad al Paterfamilias, pues como se advierte: “Terribles eran en Roma los efectos de la patria potestad. Durante mucho tiempo el Paterfamilias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris como podía romper, destruir, abandonar las cosas que le pertenecían. Podía venderlas y hasta el tiempo de Cicerón darlas en prenda”⁶.

Hemos dicho que la patria potestad solo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce mientras esté sometido, pues su facultad se borra ante el Abuelo Paterno, en tal virtud establecemos que el jefe y señor de la familia es el Paterfamilias, sin embargo se podía ser Paterfamilias y tener todas las facultades y capacidad jurídica que esta figura otorgaba a un ciudadano romano, sin ser padre de familia o haber engendrado descendencia, pues un niño huérfano, es decir, un niño era sui iuris, si no tenía jefe de familia y por el contrario un hombre de edad madura y padre de numerosa prole podía ser jurídicamente filiusfamilias, alieni iuris si se hallaba bajo la potestad de un jefe familiar.

Con relación a lo anterior se señala: “Hagamos constar que no era necesario ser padre para poder ser Paterfamilias. El término “familia” significa, en el antiguo latín, “patrimonio doméstico”, . . . Así pater familias significa el que tiene “poder” (de la misma raíz que *pater*) sobre los bienes domésticos. Observemos, de paso que, en el latín posterior, el término “familia” comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los *famuli*, es decir, los esclavos.

. . . El término paterfamilias designa, por tanto a un romano libre y sui iuris —en otras palabras, una “persona”—, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes.

⁶ Antonio De Ibarrola. Derecho de Familia, p. 360.

Un hijo legítimo, recién nacido, cuyo padre muere, si no tiene un abuelo paterno, es un *paterfamilias*, aunque todavía sin capacidad de ejercicio, desde luego. En cuanto a la mujer, el término de *materfamilias* existió, pero solo como título honorífico en la intimidad del hogar, y no como un término jurídico. Si una romana libre y *sui iuris* dirige su propia *domus* —por ser soltera o viuda, por ejemplo—, no puede tener la potestad sobre los hijos, y necesita, personalmente, como veremos, un tutor para todas las decisiones importantes.

El antiguo *paterfamilias*, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él”⁷.

Es importante mencionar que la madre no podía ejercer la patria potestad, cosa que en nuestros días sí está permitido, es más, es una obligación también para ella, situación que es más comparable con la que se daba en el derecho germánico.

1.2.2 Poderes que Otorgaba La Patria Potestad en Roma.

Las facultades que tenían los ascendientes sobre los descendientes se dividían en dos:

I.- Derechos sobre la Persona.- En los primeros siglos, el jefe de familia descendía ilimitadamente sobre la persona de los hijos, pues la facultad que le otorgaba la potestad paterna a dicho jefe, le concedía derechos rigurosos y absolutos, parecidos a los del amo sobre el esclavo, pero a medida de que fueron evolucionando las costumbres de los hombres primitivos, también fue perdiendo energía de esta figura.

⁷ Guillermo Floris Margadant S. El Derecho Privado Romano Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. P. 197.

Los padres de familia podían como ya dijimos ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, pues tenían sobre ellos poder de vida y de muerte, podían además manciparlos a un tercero y abandonarlos.

Por lo anterior los derechos sobre la persona se dividían en:

a) El Poder de darle Muerte al Hijo (ius vitae necisque). - Este hecho está comprobado, pero en tiempos de la república se hacía con más moderación y si se comprobaba que el paterfamilias aplicaba esta pena de manera injusta, podía ser sancionado por el censor o las autoridades gentilicias. En el bajo imperio, se dieron varios relajamientos de las costumbres, y el legislador tuvo que intervenir para regular esta acción y así a fines del siglo II de C. los poderes del paterfamilias se redujeron a un sencillo derecho de corrección.

b) Podía Mancipar a su Hijo.- Esto es, da su hijo a un tercero en calidad de esclavo, aunque era de manera temporal y el hijo en este caso no perdía su ingenuidad.

c) Podía Vender a su Hijo (ius vendendi). - Los hijos asimismo podían venderse por el Paterfamilias, solo que éste último fuese indigente y abrumado por la necesidad. Si la venta se hacía en Roma, el hijo caía en mancipium (figura explicada en líneas que anteceden), pero si se hacía fuera de la URBS, el hijo caía en esclavitud.

d) El Jefe de Familia Podía Abandonar a sus Hijos. Esta práctica solo se prohibió en el bajo imperio y Constantino estimó pertinente que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, ya fuere como hijo o como esclavo. En cambio Justiniano lo declaraba SUI IURIS E INGENUO.

e) **El Jefe de Familia también Podía dar en Noxa al Hijo.** Esto es, cuando el filius cometía un delito, se le daba a la víctima en vía de reparación del daño, con el fin de liberarse de las consecuencias que la comisión de este delito le pudiera acarrear al paterfamilias pero Justiniano hizo desaparecer esta práctica

II.- Derechos Sobre los Bienes.- Como el Paterfamilias era la única persona verdadera dentro de la familia, al principio el hijo no podía ser titular de derechos y bienes propios todo lo que adquiría formaba parte del patrimonio del Paterfamilias, lo que fue cambiando poco a poco porque se les fueron otorgando peculios a los hijos, además porque se daba cada vez más frecuente la figura de la emancipación.

En un principio el hijo estuvo, pues, en la posición de un esclavo, frente al Paterfamilias y solo constituía un instrumento de adquisición, pero el derecho civil no permitía que lo hiciera deudor. Por tanto y en cuanto a las facultades que tiene el Paterfamilias sobre los bienes de los hijos tenemos:

- **El único titular de derechos patrimoniales es el Paterfamilias.** En la familia romana el hijo nada puede tener como suyo, puesto que le pertenecen al Paterfamilias los derechos patrimoniales.
- **El hijo no podía realizar negocios jurídicos de enajenación y gravamen.** Al no tener propiedad y derechos reales, el hijo no podía realizar enajenaciones o gravar los bienes, pero si podía adquirir en favor del Paterfamilias derechos reales o de crédito.
- **El hijo solo servía de instrumento de adquisición para el Paterfamilias.** Al no tener facultad para tener su propio patrimonio al igual que el esclavo solo servía al Paterfamilias de instrumento de adquisición, pues lo que adquiría el hijo lo recibía por derecho el Paterfamilias.

Si en los actos jurídicos que realizaba el hijo, éste resultaba deudor u obligado, el Paterfamilias no quedaba como deudor solidario, sino solo el hijo, por ello y para evitar las injusticias que esta situación provocaba, el pretor creó las acciones *adiecticiae qualitatis*, que protegían a los terceros que contrataban con los sujetos a la patria potestad acciones que veremos con más detalle en siguientes líneas.

Así era la patria potestad en cuanto a los bienes del hijo, pero se fue modificando a través de los años en dos vertientes: la primera los **peculios** y la segunda acciones *adiecticiae qualitatis*.

LOS PECULIOS.- Los peculios son conjuntos de bienes sobre los que los hijos tenían ciertas y variadas facultades según la época, y entre éstos se distinguen:

I.- **PECULIO PROPECTICIO.** Es el más antiguo de todos, y eran los bienes que otorgaba el Paterfamilias al hijo para su administración, revocables en todo momento y si moría el hijo, los bienes regresaban al patrimonio del pater, es solo, pues, una facultad relativa otorgada al hijo, ya que solo puede administrar los bienes y no podía venderlos, este peculio también se le otorgaba a los esclavos, para efectos de ejercer comercio, pero realmente los bienes no salían del patrimonio del Paterfamilias.

II.- **PECULIO CASTRENSE.** Creado bajo Cesar, es un privilegio para los militares y comprendía todo lo que el hijo obtenía en el servicio militar, como lo es su sueldo, botín de guerra, distribuciones de tierra, hechas con motivo de su profesión militar, estos bienes verdaderamente formaban parte del patrimonio del hijo y no del Paterfamilias, ya que podía disponer de ellos libremente, ejercitar acciones y disponer de ellos para después de su muerte por testamento.

III.- **PECULIO CUASICASTRENSE.** Creado por Constantino en el año 320 comprendía los bienes que el hijo adquiría en el servicio de la corte, en el palacio del emperador o en la iglesia, se asemejaba al anterior, solo que no podía transmitirse por testamento.

IV.- **BIENES ADVENEDIZOS.**- No fue considerado peculio por los romanos, creado por Constantino, estableció que los bienes que el hijo heredase de su madre, no siguiesen el régimen de ser absorbidos por el patrimonio paterno sino que fuesen del hijo, otorgándoseles al padre solo para su administración y usufructo, quedando bajo la propiedad del hijo, así también entraron los bienes que adquiría el hijo de los padres, de su madre, de su cónyuge o de su prometida.

Justiniano completó la reforma y estableció que los bienes que adquiriese el hijo por sus propios medios y sin utilizar dinero o bienes del Paterfamilias para adquirirlos, le pertenecían en propiedad.

Acciones Adiecticiae Qualitatis.- Esta vertiente hacia al Paterfamilias responsable de las deudas del hijo mediante acciones ejercitables contra el pater por aquellos que resultaran acreedores en negocios celebrados por el hijo o en idénticas hipótesis con el esclavo si:

- El padre manifestó expresamente su voluntad de que el hijo realizara el acto.
- El negocio lo celebró el hijo como capitán de una nave, puesto para el que fue designado por el armador.
- El pater puso al hijo al frente de un comercio o industria y con tal carácter realizó el acto creador de la deuda.

Ya que nos hemos ocupado de las facultades que concedía la potestad paternal al Paterfamilias sobre sus hijos, tanto en su persona como en sus bienes, veamos enseguida como nacía esta facultad.

1.2.3 Las Fuentes de La Patria Potestad en Roma:

El derecho romano señala como fuentes de la patria potestad:

LAS IUSTAE NUPTIAE. Esto es, que los hijos nacidos en iustae nuptiae, son hijos legítimos, y por tanto, quedan bajo la potestad del Paterfamilias, en cambio los hijos nacidos del concubinato están exentos de la patria potestad.

LA LEGITIMACIÓN. Es un procedimiento que sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y se realizaba mediante una de las siguientes formas:

1. Casándose con la madre del hijo natural.
2. Por autorización del emperador que autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.
3. El padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable función de consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el bajo imperio, y el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad para garantizar la gestión de su hijo en la curia (donación a la curia).

LA ADOPCIÓN. Por este procedimiento, el Paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el hijo de otro ciudadano romano, con el expreso consentimiento de éste último, siguiendo los procedimientos que en la época se exigían.

LA ADROGATIO. Consiste en permitir que un Paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro Paterfamilias. El adrogado atrae a la familia del adrogante y a su patrimonio. Debido a que la adrogación implica la desaparición de una familia, de su patrimonio y de su culto, tenía en roma una implicación de orden público; su realización tomaba el carácter de un acto legislativo y debía solicitarse a través de un rogatio. El acto se celebraba en la época de la república, ante los comitia curiata precedido por el pontifex maximus y cuando cayeron en desuso las comitia la adrogación se realizó en presencia de treinta lictores. A partir de Dioclesiano se admite que la adrogatio pueda hacerse también por prescripto del príncipe (*perrescriptum principis*).

No podían ser adrogadas las mujeres ni los impúberes. Antonio Pio permitió la adrogación de impúberes y el derecho Justiniano la adrogación a las mujeres. La adrogatio a partir de esa época perdió su función original, y se realizó para crear un vínculo ficticio de parentela y permitir derechos sucesorios. Por ejemplo su propio hijo natural, en cuyo caso servía como un sustituto del moderno reconocimiento.

Es importante hacer notar en este punto que en nuestro derecho actual, también se pueden reconocer a los hijos por testamento, ante notario o ante autoridades como el Registro civil, cosa que no existía en roma, pero de roma se han tomado los principales modelos para reconocer a los hijos y para crear la figura de la patria potestad.

1.2.4 Formas de extinguirse La Patria Potestad en Roma.

Finalmente para terminar nuestro antecedente principal de la patria potestad en el pueblo romano, estudiaremos las formas de extinción de la patria potestad, esta figura por ser una institución de suma importancia en la Roma antigua, no se extinguía por un simple convenio entre padre e hijo, ni por la mayoría de edad, ni por el matrimonio, ni siquiera por el ingreso del filius a la milicia y más aún ni siquiera por ser nombrado para desempeñar una alta magistratura, para mayor abundamiento, solo se extingue por las siguientes razones:

- Por la muerte del Paterfamilias. (o por caer en capitis diminutio máxima o media)
- Por la muerte del hijo. (o por caer en capitis diminutio máxima o media)
- Por la adopción del hijo por otro Paterfamilias o la adrogatio del Paterfamilias.
- Por casarse una hija cum manu.
- Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas. Justiniano Consideraba también causa de extinción de la patria potestad el nombramiento a las altas magistraturas burocráticas.
- Por emancipación, figura que evolucionó de ser un castigo, hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.
- Por disposición judicial como castigo al padre, o automáticamente por haber expuesto al hijo o prostituirlo, (a partir de Justiniano).

La Emancipación como Forma de Extinción de La Patria Potestad en el Derecho Romano.

Entre las figuras anteriores reviste gran importancia el de la emancipación, que consiste en el acto por el cual el Paterfamilias hace salir de su potestad al hijo, haciéndose éste último *sui iuris*, acto que en un principio no estaba reglamentado. Es hasta la ley de las XII tablas cuando se establece que cuando el Paterfamilias hubiese vendido por tres veces al hijo podría darse la emancipación.

La patria potestad que en un principio fue una facultad establecida en beneficio del Paterfamilias, se convirtió con el tiempo en una figura jurídica en la que se encuentran derechos y deberes mutuos, como lo es en la actualidad el recíproco derecho de alimentos.

La amplia extensión jurídica, que tenían los padres de familia romanos otorgada por la patria potestad, unida a la excesiva duración de ésta, son dos características que nuestro derecho no adopta, sin embargo, si se adoptó del derecho romano su denominación, es decir, patria potestad y aunque de los antecedentes germanos se pueden aplicar a nuestro derecho varias de sus máximas, la legislación romana: “. . . ha venido a ser la base de la patria potestad en los pueblos modernos, agregando que fue una Magistratura, un sacerdocio, sin ejemplo en otro pueblo, pero que con ser tan despótico apenas ofrece en el transcurso de siglos un ejemplo de arbitrariedad”⁸.

Este criterio no es totalmente cierto, pues si bien es cierto Gayo sostenía que la Patria Potestad era desconocida por otros antiguos pueblos y Loysel afirmó que no existía en el derecho germánico, como veremos a continuación si existía esta figura en otros pueblos, aunque ciertamente no se le denominaba patria potestad.

⁸ Benito Gutiérrez Fernández Códigos y Estudios Fundamentales Sobre El Derecho Civil Español p.654-655.

1.3 La Patria Potestad en otros Pueblos Antiguos.

La figura de la patria potestad como en Roma se concebía y la definían como una verdadera potestad del padre sobre los hijos, también se encontraba en otros pueblos antiguos aunque no con la denominación de patria potestad; en efecto, en el pueblo hebreo se evidencia que los poderes paternos son casi tan grandes como los que se sucedían en Roma pues se señala que el padre, antes de la aparición de la ley mosaica, era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y hacienda de sus hijos, con poder absoluto y omnipotente que va perdiendo fuerza mediante leyes posteriores que fueron limitando el ajusticiamiento del hijo por el consentimiento requerido de la madre, así como la venta, que en el caso de las hijas, solamente se autorizaba si era menor a los doce años de edad.

El cristianismo fue de indudable influencia como factor atemperante del rigor paterno, ya que produjo una síntesis de los elementos ya estudiados en la potestad romana y el principio protector que el derecho germánico cobijaba en la figura del Munt, así el cristianismo reconoció la autoridad del padre y la delimitó, determinando con claridad que dicha autoridad era justificada por la necesidad de amparo del ser en formación.

Las excesivas atribuciones paternas observadas en la realidad legislativa llevaron a una reacción en el derecho medieval, traducida en una negación de la patria potestad entre los lombardos y en alguna doctrina francesa, sin embargo dichas posturas han sido interpretadas como un rechazo a la institución ejercitada ilimitadamente, pero como se cita: “. . . de manera alguna dirigida a desconocer a la patria potestad como un derecho natural ”⁹.

⁹ Francisco Bonet Ramón. Compendio de Derecho Civil. p. 597.

Finalmente es de apuntarse que en el antiguo derecho español, la autoridad paterna era muy grande también, pero se afirma que los atributos concedidos al padre se fueron suavizando con el tiempo.

En resumen, el estudio de los antecedentes de la patria potestad, no puede entenderse sin tomar en cuenta la particular conformación del grupo familiar, esto es, el marco sociocultural, debiéndose estudiar a partir de la unión monogámica de la familia, pues ésta supone una estabilidad que da lugar a que se concentre el ejercicio de la autoridad paterna, debiéndose excluir por tanto aquellos antecedentes que no partan de una estructura familiar dotada de estas condiciones, por ello se estudió en particular al pueblo romano y al germánico.

La evolución de la Patria potestad hasta nuestros días se debió a la evolución misma de sus finalidades, en nuestro derecho, la de educar adecuadamente a los hijos y que difiere notoriamente de las estudiadas en otras etapas históricas donde la patria potestad se agotaba con la satisfacción de las necesidades primarias del hijo o con su preparación para su actividad guerrera y el caso romano como vimos, no se agotaba sino que la finalidad consistía en que el padre engendraba para sí un hijo y para el Estado un Ciudadano, cuestión que muchas veces se traducía en engendrar para sí un esclavo o empleado.

CAPÍTULO II
LA FAMILIA, EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN COMO
FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Para comprender de dónde surge la patria potestad, es importante hacer un estudio de la Familia, atendiendo por supuesto a la filiación y el parentesco en sus relaciones Paterno-Filiales como fuentes que dan origen a la institución Jurídica que ocupa la presente investigación. Por lo anterior en el presente capítulo se analizará de forma general éstas figuras jurídicas, pero tomando en cuenta sus aspectos mas importantes de cada una de ellas, para entender su origen y en capítulos posteriores entrar al estudio de la patria potestad.

2.1. La Familia.

La palabra familia proviene del latín *familia*, palabra que debe entenderse ante todo como, una Institución Social que surge de las relaciones intersexuales, de la procreación y del parentesco, sin olvidar la familia que surge por virtud de la adopción; de suerte que las relaciones que surgen al darse el parentesco vinculan a los miembros de la familia en aspectos tan diversos como el ideológico, económicos, etc., sin olvidar sus funciones primordiales que son la reproducción biológica y el desarrollo social de los individuos iniciándolos en las relaciones sociales, que posteriormente deberán poner en práctica en su interacción con el medio social, es decir, con la Sociedad misma así como en sus actitudes y comportamiento con sus semejantes.

Sin embargo existen autores que se abstienen de conceptualizar a la familia argumentando que ésta es una palabra a la que pueden asignarse diversas significaciones a saber:

- A) **SIGNIFICACIÓN AMPLIA:** Consiste en el grupo de personas ligadas por el parentesco, esto es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyéndose los cónyuges de todos ellos aunque no sean parientes consanguíneos.
- B) **SIGNIFICACIÓN RESTRINGIDA:** También llamada pequeña familia o parentesco inmediato, consiste solo en el núcleo paterno filial, esto es el grupo de personas formado únicamente por los ascendientes en primer grado y los hijos que viven con ellos.
- C) **SIGNIFICACIÓN INTERMEDIA:** Como en la época romana, se entiende por este concepto al grupo de familias que viven bajo un mismo techo y que están bajo la autoridad del dueño de ésta. En efecto, La Roma antigua concebía a la familia o domus como la reunión de familias bajo la autoridad del Paterfamilias quien tenía bajo su potestad a los descendientes y a la mujer *in manu*. Dábase en esa época el absoluto régimen patriarcal.

2.1.1. Origen de La Familia.

El ubicar el origen de la familia ha planteado para los sociólogos un problema según muchos, difícil de resolver aún en nuestros días, estos estudiosos particularmente abordaron este problema en el siglo XIX y partieron del estudio de civilizaciones que hasta nuestros días han permanecido en su estado primitivo como son algunos pueblos de África u Oceanía y de algunos datos arqueológicos y materiales directos, es de suponerse que ambas líneas de investigación pueden llevar a resultados equivocados, pues no puede afirmarse que los pueblos primitivos *actuales* no han sufrido alguna alteración a través del tiempo, aunado a la insuficiencia de datos materiales puesto que obviamente en la época primitiva no existía la escritura o algún otro tipo de

registros concisos. Sin embargo y a partir de lo anterior surgieron varias teorías que a continuación se describen:

- 1) TEORIA MATRIARCAL.- Ubica al ser humano en una etapa primitiva donde *la promiscuidad sexual* era muy grande, con el resultado de no poder atribuir a uno u otro individuo la paternidad de los hijos, sin embargo la maternidad era evidente, por ello la madre era el centro y núcleo familiar, se daba el parentesco únicamente por línea materna, dándose solo con posterioridad el parentesco paternal, otorgándose al hombre la autoridad familiar. Los principales autores que sostienen ésta teoría fueron Bachofen, Morgan, Mac Lennan y Giraud-Teulon. Para MORGAN, de la promiscuidad total se habría pasado a la llamada *familia consanguínea* que marca una diferencia básica entre la animalidad y la humanidad y es aquí donde surge la primera manifestación sobre la necesidad de prohibir las relaciones sexuales entre parientes próximos, es decir, evitar el incesto lo que trae como consecuencia la eliminación de cohabitación entre ascendientes y descendientes en este estado no existe la noción de la pareja conyugal y la prohibición de incesto se refiere únicamente a las relaciones entre padres e hijos.

El estado siguiente de la familia sería el de la promiscuidad en agrupaciones más o menos numerosas llamada *la familia punalúa*, ayuntamiento entre un grupo de hermanos y otro de hermanas, de distintas familias, las mujeres y los hombres no se llamaban entre sí hermanos, sino Punalúa, que significa compañero íntimo o socio en esta etapa se excluían a los hermanos y hermanas del comercio sexual recíproco, ampliándose la extensión de la prohibición del incesto a parientes colaterales; luego a la familia sindiásmica, parejas monógamas de relación temporal; y por último al matrimonio monogámico estable, como consecuencia del robo y la compraventa de las mujeres, que les dieron calidad de cosa propia de adquisición más o menos difícil. En este punto se hallaría el tránsito de la familia

matriarcal a la patriarcal, al estabilizarse la familia, determinarse la paternidad, despertarse en el varón el sentimiento paternal y sustituirse el parentesco uterino (solo a través de la madre) por el paterno o agnaticio.

- 2) **TEORIA PATRIARCAL.**- Esta concepción niega la promiscuidad primitiva y sostiene que desde tiempos muy antiguos el Padre fue el centro de la familia, afirma que el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas que se refugian bajo la protección del varón de más edad. Se funda principalmente en la identidad sustancial del sistema familiar de los indios, romanos y otros pueblos. Objeta la teoría matriarcal, porque afirma que la promiscuidad primitiva humana no se dio, ni siquiera como una forma de salvajismo, puesto que ni aún en los animales es uniforme, pues además supondría la falta del sentimiento amoroso y el celo sexual en el hombre primitivo.

- 3) **TEORIA MIXTA.** Sin adherirse a ninguna de las dos teorías descritas, algunos autores como Starcke, pensaba que el matriarcado había constituido una fase posterior a la evolución familiar y no el estado primitivo y que no suponía necesariamente la promiscuidad sexual, sino sólo la condición superior de la maternidad sobre la paternidad. Las primeras colectividades humanas serían la familia y el grupo de familias; aparecería luego el clan y sólo en ese momento surgiría el matriarcado, como consecuencia de la injerencia en la familia del matrimonio, mismo que tenía como objetivo asegurarle a la mujer una situación respetable, después de casada.

2.1.2. Evolución de La Familia.

Al evolucionar los primitivos grupos humanos, la extensión de éstos se va reduciendo y esta evolución se puede ir observando a partir del clan que era una familia muy

grande o un grupo de familias unido bajo la autoridad de un jefe común, dándose en éste una forma de organización social, política y económica. Evolucionan el clan a la **gran familia**, que surge cuando se da la aparición del Estado, con la que deja de pertenecer a la familia el poder político. El ejemplo claro es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del pater familias, antecesor común de todos los integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes de la familia, magistrado y sacerdote que como ya hemos visto, comprendía no solo a sus descendientes, sino también a sus esposas a clientes y esclavos. Posteriormente se da la **pequeña familia**. En esta última evolución de la familia se establece el tipo actual del núcleo paterno filial. La función política ha desaparecido y solo se limita a la función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y educación de los hijos, la asistencia moral, psicológica, espiritual y hasta económica de sus integrantes.

Podemos inferir que a través de la evolución de la familia los aspectos político, económico, social y jurídico fueron cambiando, pues en el clan el aspecto político era primordial pues en las tribus y gens en Roma, las fratrias en Grecia y los clanes entre los germanos eran unidades políticas. En el aspecto jurídico persiste hasta nuestros días su importancia como fuente de numerosas relaciones jurídicas, aunque en este aspecto se haya producido una sucesiva disminución de la intensidad de los vínculos (Derecho Romano), revelada, como ejemplo, en la tendencia a limitar el derecho sucesorio intestado a los colaterales o los impedimentos matrimoniales relegándolos a un segundo grado en la consanguinidad lateral para promover la sana evolución de la especie. Veamos a continuación algunos ejemplos de cómo se daba la familia en algunas civilizaciones antiguas:

BABILONIA.- Se daban en esta época la familia concubina y se distinguía la mujer en esta condición de las esposas legítimas, llevando una insignia consistente en un

olivo de piedra o arcilla. Las uniones legítimas eran generalmente pactadas por los padres mediante regalos e incluso vendiendo a sus hijas. El Código de Hamurabi castigaba ya el adulterio con la vida de los adúlteros o bien exhibiéndolos desnudos en público, sin embargo se podía otorgar el perdón en la mayoría de los casos ya fuese por el agraviado o por el rey.

ASIRIA.- La familia en esta civilización tenía dos fines esenciales: la perpetuación y aumento de la especie, por lo que se castigaba el aborto con la pena de muerte, ello en razón de la condición del pueblo asirio, eminentemente guerrero, en tal virtud mantenía un régimen eminentemente patriarcal, celebrando matrimonios incluso como una mera compraventa de mujeres, quienes debían obedecer ciegamente al marido y serles completamente fieles, no así el hombre que podía tener las mujeres que su condición económica le permitiese sin ser objeto por este hecho de alguna sanción.

CHINA.- En esta civilización oriental, considerada la más antigua civilización, la familia era la cuna de los individuos y a su vez un grupo de familias constituía el Estado. La familia era esencialmente patriarcal y el matrimonio era generalmente arreglado por los padres de los consortes, quienes no se conocían hasta el momento de su boda, el matrimonio era un acto religioso que permitía perpetuar el culto del antepasado a través de sus descendientes. La poligamia era permitida y practicada por los ricos y los mandarines, pero siempre una mujer poseía el título y preeminencia de esposa.

EDAD MEDIA.- La familia en esta época tenía como fin primordial cubrir las necesidades económicas de sus miembros, por lo que había familias de agricultores que sembraba y cosechaba sus propios alimentos y el excedente era objeto de transacciones por otros productos con otras familias que se dedicaban a otros rubros

de la producción de bienes como la ganadería, la hilación de telas, por lo que era otra función de la familia la procreación de numerosos hijos que eran empleados en los talleres artesanales familiares.

La Familia es pues el núcleo social más antiguo, esto se entiende porque surge de la relación sexual entre sexos diferentes, siendo por ende la unión más natural, dándose con ella la filiación y por tal motivo el parentesco.

La Familia es como se ha dicho la célula de la sociedad, misma que debe asegurar la formación de individuos útiles para ésta última así como la permanencia del género humano a través del tiempo. Es así y se ha comprobado porque en las más antiguas civilizaciones y aún antes, la familia era el grupo de personas con cierta organización social, jerárquica e incluso política (fratrías, gens, etc.) en la que nacían y se desarrollaban los individuos.

La Familia al ser el punto de partida de las relaciones sociales, puede estudiarse desde diversos puntos de vista como el sociológico, jurídico, ético, etc. Desde el punto de vista Sociológico la familia es un ambiente donde se dan las relaciones sociales y puede desde tal punto estudiarse el comportamiento de sus miembros y el porqué de su comportamiento; en cambio desde el punto de vista Jurídico las referidas relaciones que se dan entre miembros de la familia, van a ser sancionadas por la legislación aplicable en cada caso.

2.1.3. Naturaleza Jurídica de La Familia.

En el párrafo anterior consideramos a la familia desde el punto de vista jurídico, como una manera de regular las relaciones sociales que el derecho sanciona dentro del

grupo de individuos unidos por el parentesco, sin embargo no hemos definido su Naturaleza Jurídica.

Al respecto se ha planteado el problema de darle personalidad jurídica a la familia, es decir, aseverar que la familia es una persona moral. Autores franceses como Savatier, han pretendido otorgar dicha personalidad a la Familia, sin embargo en México, no se ha aceptado esta concepción, puesto que la familia como tal, no reúne la característica esencial para ser una persona moral, que es la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Podría aducirse en contra de lo anterior, por ejemplo, la formación del patrimonio de familia, sin embargo, la propiedad de los bienes que forman parte del patrimonio familiar no pasa del que lo constituye a los miembros de la familia, como lo establece el artículo 701 del Código Civil para el Estado de México que a la letra dice " La constitución del patrimonio de la Familia no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria. Estos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes, según lo dispuesto en el artículo siguiente". En este orden de ideas, la familia como tal no podría ser sujeta de derechos u obligaciones, refutándose correctamente la teoría de la familia como persona jurídica.

Otra tesis referente a la Naturaleza Jurídica de la Familia es aquella que la concibe como un organismo jurídico, teoría que ha sido sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu, quien afirma que se trata de un organismo jurídico porque de entre los miembros de la familia no habría derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se las confiere, comparando a la familia con una organización similar a la del Estado. Sin embargo esta teoría ha sido rechazada, porque no se acepta un poder

superior sobre los miembros de la familia, lo que significaría anular la voluntad individual a una voluntad familiar.

Finalmente existe la tesis de la familia como Institución jurídica, misma que es aceptada por la mayoría de la doctrina y la que es mas adecuada, misma que explica que una institución es todo elemento en la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de los individuos, ni puede ser destruida ni siquiera por una legislación, es pues una idea objetiva de una empresa u obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, la familia entonces es una Institución Jurídica porque constituye un sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y desarrollo del grupo de personas vinculadas por el parentesco, para procurar a sus miembros el logro de su destino personal.

En resumen, la familia es una institución debido a que surge desde mucho tiempo atrás con la finalidad de perpetuar la especie humana y socializar a sus integrantes, constituye el fundamento de toda sociedad, no es transitoria ni excepcional ni susceptible de desaparecer por una determinada circunstancia.

2.1.4. La Familia Matrimonial y La Familia Extra Matrimonial

Posemos afirmar que existe tanto la familia matrimonial como la extra matrimonial (surgida por virtud del concubinato), sin embargo, algunos autores europeos sostenían que no existía la segunda, aludiendo la ilegitimidad de los hijos, pero esta situación (filiación) será analizada con posterioridad.

El ideal jurídico y ético de la formación de la Familia siempre ha sido el matrimonio, al respecto: “ La familia es una Institución Basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con

el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana, en todas las esferas de la vida . . . Está basada en el matrimonio. Es imprescindible el precedente del matrimonio para considerar la existencia de la familia, porque el matrimonio es lo que aporta a la unión estabilidad y seguridad, y hace más propicio el ambiente a los efectos y respetos recíprocos. Las uniones matrimoniales no forman la familia, por falta de presupuestos necesarios o propicios”¹⁰.

Debe pues formarse la familia, sobre la base del matrimonio, porque como sabemos las sociedades modernas están enfrentando una verdadera pérdida de valores, evidentes cada vez mas en nuestra juventud y el matrimonio debe ser un valor que no se debe perder, sin embargo a falta de éste, lo que debe prevalecer sobre las familias matrimoniales y extra matrimoniales es la familia monogámica. Al respecto: “El matrimonio está en crisis. La crisis de la familia y el matrimonio es la manifestación más visible de la crisis en que se encuentra el hombre de nuestra época. Pero mientras que en los ámbitos sociales esta crisis puede ser acallada o silenciada, esto no es posible en el ámbito del matrimonio y de la familia. Puede decirse que la crisis de nuestra época encuentra su expresión más profunda en la crisis del matrimonio moderno.

Se habla de la crisis general del ser familiar y más en particular se habla de una crisis de desintegración. Desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa y consiguientemente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia”¹¹.

¹⁰ Fernando Pueyo Laneri. Derecho Civil, tomo VI, Derecho de Familia, p. 17- 18.

¹¹ Manuel F. Chávez Ascencio. Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares, p. 189.

El matrimonio debería ser en todos los casos la base para la formación de las familias, sin embargo es innegable que las familias extra matrimoniales se dan y existen pues no se puede negar la existencia de una familia surgida por la el concubinato de una pareja, esto obedece a que la fuente constitutiva de la familia no es solo el matrimonio, si no también *la filiación* y por consecuencia *el parentesco*, que a continuación se analizan.

2.2. El Parentesco.

(De pariente, y éste, a su vez, del latín *parens-entis*.) Es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común. El anterior concepto corresponde a la realidad biológica. El hecho de la procreación es el origen de este concepto de parentesco, llamado también consanguíneo. El derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientemente de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco. Es la relación jurídica que establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción.¹²

Para Planiol El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.

“Llaman parentesco al lazo que existe entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los

¹² Diccionario Jurídico Mexicano. tomo P.Z. p. 2323.

anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o mas personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocido por la ley”¹³.

De lo anterior podemos distinguir tres clases de parentesco, el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco por adopción mismos que están reconocidos por la ley y que a continuación paso a referirme:

- a) **Parentesco por Consanguinidad.**- Es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes y también los que se originan entre aquellos que sin descender los unos de los otros reconocen un antepasado común como son los hermanos, primos, tíos, etc. En la primera categoría se da el parentesco en línea recta que puede ser ascendiente y descendiente y en la segunda en línea transversal (parientes colaterales).
- b) **Parentesco por Afinidad.**- El artículo 277 del Código Civil para el Estado de México establece que el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.¹⁴

Son los llamados comúnmente *parientes políticos*, es decir que todos los parientes consanguíneos de un Cónyuge se convierten en parientes por afinidad del otro cónyuge y viceversa, por eso se dice que el parentesco por afinidad es una combinación del Matrimonio y del Parentesco consanguíneo, pues al darse el primero la cónyuge se convierte en hija (por afinidad) de los padres del cónyuge, hermana, prima, etc., de los parientes del varón.

¹³ Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia, p. 75.

¹⁴ Código Civil para el Estado de México, p.89.

- c) **Parentesco civil.**- Es el parentesco que surge por virtud de la adopción, figura jurídica que para muchos constituye un contrato, con el fin de crear las mismas condiciones que surgen por la filiación entre un padre y un hijo. “En nuestro Derecho el parentesco de adopción no excluye los vínculos de consanguinidad, de tal manera que el adoptado mantiene las mismas relaciones jurídicas que aquellos vínculos crean respecto de sus ascendientes, descendientes y colaterales con los derechos y obligaciones respectivos, salvo con relación a la patria potestad en que se opera la transferencia de los padres o abuelos del adoptado al adoptante...”¹⁵.

2.2.1. Consecuencias Jurídicas del Parentesco.

Respecto del parentesco por consanguinidad, crea los derechos y obligación de dar alimentos; asimismo el derecho subjetivo de heredar la sucesión legítima o exigir pensión alimenticia a la testamentaria bajo sus reservas de ley; crea ciertas incapacidades en el matrimonio y con relación a la tutela constituye la base para el nombramiento de tutor y lo más importante para el presente trabajo de tesis Crea los derechos y obligaciones inherentes a la figura de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos según sea el caso de los que nos ocuparemos especialmente en el capítulo siguiente.

El parentesco por afinidad, no da el derecho a heredar, crea el impedimento para contraer matrimonio entre afines en línea recta sin limitación de grado, el derecho de alimentos solo entre cónyuges, al notario le impone rehusar ejercer sus funciones cuando intervengan parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado.

¹⁵ Manuel F. Chávez Asencio. Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares. p. 255.

El parentesco civil crea exclusivamente relaciones jurídicas entre el adoptado y el adoptante, excepto en los impedimentos para contraer matrimonio.

2.3. La Filiación.

(Del latín *filatio-ontis*, de *filus*, hijo.) La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se le conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.¹⁶

La filiación es pues, un vínculo jurídico que surge por virtud de la procreación y al cual se le pueden dar dos sentidos; un sentido amplio que la ubica como el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin importar el grado, ya sea en línea ascendente, padres, abuelos, bisabuelos, etc., o bien línea descendiente para referirse a los hijos, nietos, bisnietos, etc. En el sentido restringido, la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos en el cual surgen los derechos y obligaciones de los padres respecto de los hijos y viceversa, entre éstos los alimentos, la custodia, la guarda y el que ahora ocupa el presente trabajo de tesis **la patria potestad**.

Planiol se refiere a los elementos de la filiación como sigue: “La Filiación de una persona se compone de elementos múltiples. El primer punto por establecer es el parto de la pretendida madre: tal mujer ha tenido un hijo en tal época; por lo tanto, esto supone conocido a la vez el hecho del parto y su fecha. En segundo lugar, es preciso establecer la identidad del hijo. ¿La persona que actualmente reclama la filiación es realmente el hijo que esa mujer dio a luz? Esta identidad supone necesariamente que

¹⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. tomo D-H, p. 1447.

hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y, además que no hubo sustitución de un infante por otro.

“Cuando se confiesen o prueben estos dos puntos, la maternidad, es decir, la filiación con respecto a la madre, está establecida. Una vez establecida la filiación materna puede pasarse a la paterna. ¿Quién es el hombre, autor del embarazo de la madre? La cuestión de paternidad solo puede plantearse cuando la filiación materna sea ya conocida; no puede pensarse en buscar el padre de un hijo cuando no se sabe quién es la madre. En consecuencia, existe una falta de método en la ley, que se ocupa de la filiación paterna antes de haber tratado la materna”¹⁷.

De los conceptos anteriores, podemos establecer que los elementos de la filiación son: la concepción de un hijo, el parto y nacimiento de éste, así como el padre y madre del mismo.

Existen tres tipos de filiación a saber:

a) Filiación Legítima.

Es el vínculo jurídico que se crea entre los padres unidos en legal matrimonio y sus descendientes, siempre y cuando los últimos hayan sido concebidos durante el matrimonio, no antes ni después, pues si se concibe antes, aún cuando los padres contraigan matrimonio durante la gestación del hijo, éste no será legítimo, sino, como veremos, legitimado, o bien, incluso el padre podría alegar el desconocimiento de la paternidad y por otro lado si se concibe al disolverse el vínculo matrimonial por cualquiera de las causas conocidas es obvio que no será legítimo, sin embargo si es

¹⁷ Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. P. 111.

concebido durante el matrimonio y nace después de disolverse éste, el hijo es legítimo.

De la misma forma en los casos de nulidad de matrimonio se toma en cuenta el momento de la concepción de los hijos, pues en cualquier caso de nulidad, aun tratándose de absoluta mala fe por alguno o los dos cónyuges el hijo concebido antes de la declaratoria de nulidad, se reputa legítimo.

Al respecto de la concepción: “ La concepción del ser es un hecho natural que en nuestro derecho se toma en cuenta para la determinación de los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio.

La naturaleza de la filiación se determina conforme a la situación jurídica en que se hallan los padres en el momento de la concepción del hijo; es cuando se les puede calificar de habidos en matrimonio o fuera de él. Sin embargo, no se puede pretender que solamente la filiación esté ligada a la concepción, sino también al hecho del nacimiento, que nos permite conocer la fecha probable de concepción. Pero siempre para la determinación de la paternidad y maternidad se hace referencia a la concepción”¹⁸.

Otro autor señala la diferencia que existe entre la concepción como meramente un hecho jurídico y la filiación como un verdadero estado jurídico, exponiendo como sigue: “Debemos diferenciar el hecho jurídico de la procreación del estado jurídico que constituye la filiación. En el hecho jurídico de la procreación simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de este hecho biológico, que crea el vínculo de

¹⁸ Manuel F. Chávez Asencio. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. p. 9.

consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad.

Cuando la filiación se funda en la procreación misma, a su vez tenemos que distinguir el simple hecho como fenómeno aislado, que el derecho toma en cuenta y la situación permanente que se desprenderá si el hijo tiene realmente dentro de la familia del padre o la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato y de la fama. Es decir, de una situación que sólo puede desenvolverse en el curso del tiempo, uniendo el hecho de la procreación, con otros hechos que podrán existir o no, tales como la convivencia del hijo con el padre o con la madre; el trato que por virtud de esa convivencia puede recibir, considerándolo como a un hijo o no atribuyéndole ese carácter, a pesar de haberlo engendrado; el permitir que el hijo lleve o no el apellido materno o paterno; el proveer a su educación, subsistencia y establecimiento; el darle dentro de la familia y no solo en la relación paterno-filial, el carácter de hijo, sino también el trato social dentro del grupo al que pertenezca, considerándolo como hijo. Como pueden concurrir estos nuevos hechos, que combinados constituyen el estado jurídico de hijo a través del nombre, del trato y de la fama, el derecho distingue entonces, el hecho jurídico aislado de la procreación, del estado jurídico que ya tiene un contenido social, familiar y humano a través de formas de conducta que constantemente se realizan, para que no sólo exista el vínculo consanguíneo, sino el vínculo jurídico-social, que solo se constituye en una situación permanente que el derecho reconoce¹⁹.

¹⁹ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano Tomo II Derecho de Familia, p. 602.

b) Filiación Natural.

Es el vínculo jurídico que se da cuando un hijo es concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio, donde se pueden dar los siguientes presupuestos:

Filiación natural simple.- vínculo jurídico que se da cuando un hijo es concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio, pero que pudo haberlo celebrado con el padre porque no existía ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, como puede ser la existencia de un matrimonio anterior, pero nunca se llevó a cabo el matrimonio.

Filiación natural adulterina.- vínculo jurídico que se da cuando un hijo es concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio y el padre no es el marido o bien cuando el padre es casado y la madre no es su esposa, es decir que cuando cualquiera de los padres esté unido en matrimonio con una tercera persona, hará que sus hijos sean adulterinos.

Filiación natural incestuosa.- vínculo jurídico que se da cuando un hijo es concebido por parientes en el grado que la ley impida el matrimonio, sin celebrar éste.

El artículo 142 del Código Civil para el Estado de México dispone: Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

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

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.²⁰

No entran en el supuesto de hijos incestuosos los nacidos del matrimonio entre parientes a los que se les haya otorgado dispensa.

Filiación legitimada.- Es el vínculo jurídico que se da cuando un hijo es concebido antes del matrimonio de sus padres y nace durante éste, o bien los padres lo reconocen antes de llevar a cabo el matrimonio, durante éste o posteriormente a su celebración.

Se establece pues, que la filiación legitimada es la situación jurídica que se origina cuando los padres de un hijo natural, mediante su matrimonio, le otorgan al primero el carácter de hijos legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a este término.

Filiación por adopción.- He de referirme finalmente a la filiación que surge por virtud de la adopción El Diccionario Jurídico Mexicano define a esta figura como sigue: (Acción de adoptar o pro-hijar) La adopción se ha entendido como un cauce o vía para realizar los deseos y las aspiraciones de los matrimonios sin hijos y también como un cauce para la posible socialización de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos.

La adopción es un acto de carácter complejo que para su regularidad exige la concurrencia de los siguientes elementos: la emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial y la intervención de los jueces de lo familiar y del registro Civil.²¹

²⁰ Código Civil para el Estado de México, p.55.

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, p. 112-113.

Como vemos, la filiación adoptiva crea un vínculo jurídico de filiación entre dos personas sin que éstas tengan un vínculo consanguíneo, por ello la filiación adoptiva no surge de la concepción sino de la mera voluntad pues la adopción es una figura creada por el derecho para que una persona le reconozca a un menor que no es hijo de sangre, es decir a un hijo concebido por otras personas ajenas, todos los derechos como si fuera su hijo propio, y por tal motivo se obliga con el con todos los requisitos y solemnidades que la ley prevé.

Finalmente, hay que puntualizar que la intención del presente capítulo es el estudio general de las tres figuras jurídicas que se trataron, mismas que son la familia, el parentesco y la filiación, para darnos una idea clara de lo que son las relaciones Paterno-Filiales mismas que dan origen a la Patria Potestad figura que si será objeto de un estudio más específico en el siguiente capítulo, pues es esta figura *materia* del presente trabajo de tesis. Por tal razón no se refieren cuestiones más específicas en cada tema, como podría ser las formas de impugnar la paternidad, la forma de desconocimiento de un hijo, la investigación de la paternidad, los requisitos para adoptar a un hijo, las clases de adopción, etc.

CAPÍTULO III
ESTUDIO DE LA PATRIA POTESTAD.

3.1. Principales Conceptos.

Patria potestad, proviene del latín *patrius*, a, um, que significa, lo relativo al Padre, y *potestas*, que equivale a potestad, es decir, poder o facultad.

EL DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, define a la **Patria potestad** de la siguiente manera; “ Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tiene para con sus descendientes”²².

La patria potestad surge de la filiación, es decir, del vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, por virtud de la procreación, figura que ya estudiamos de manera más detallada en capítulo anterior y que como vimos el hecho jurídico de la procreación da a los ascendientes la facultad sobre sus descendientes y sus bienes, para cuidar de éstos, para educarlos y procurar su asistencia, pues se entiende que son menores de edad y necesitan de cuidados. Esta facultad se puede entender asimismo como un deber, pues los padres de un menor no emancipado, tienen el compromiso o deber irrenunciable de educarlo.

En el derecho romano, el pater familias era único en ejercer la patria potestad, situación que en la actualidad ha cambiado pues corresponde también a la madre ejercerla y en algunos casos a los abuelos, ya que la patria potestad emana de la filiación que como dijimos, se da por la procreación entre ascendientes y descendientes, sin importar el grado de parentesco.

²² *Ibid*, tomo P-Z, p. 2351.

En el capítulo primero observamos como en el derecho romano, la facultad de la que venimos hablando era muy estricta, en la actualidad, no es así y en cambio supone la defensa de quien está bajo la patria potestad, así como de sus bienes. Además el Estado puede intervenir si es que se están lacerando los intereses del menor no emancipado o de sus bienes, en relación a lo anterior: "Esta intervención se acentúa cada día más, como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar, y como consecuencia de la necesidad que existe de que esta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales, no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal"²³.

La patria potestad tiene dos fines esenciales, el primero; la protección de los intereses materiales del menor no emancipado y el segundo los intereses espirituales del mismo, que consisten en la educación, la tarea de inculcar valores morales, religiosos y sociales, por ello quienes ejercen la patria potestad, deben de ser moralmente sanos, pues la patria potestad consiste en dar formación al menor proporcionándole alimentos entendiéndose éstos como la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria, gastos de educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuadas a sus circunstancias personales, pero sobre todo consiste en formar a individuos con valores morales, esto es, educarlo conforme a valores, para que sean aptos a la sociedad en que vivimos e incluso para ellos mismos y sus familias.

Es entonces la **educación** el primer deber que impone la patria potestad y ésta debe de inculcar al menor la moral y los valores que en nuestros días se están

²³ Rafael De Pina. Derecho Civil Mexicano. p. 376.

escaseando, y que traen como consecuencia la corrupción, los embarazos no deseados, la delincuencia, el vandalismo, el alcoholismo y drogadicción y en general todos los vicios que aquejan a nuestra sociedad, mismos que se generan en un caldo de cultivo adecuado que es la propia célula de la sociedad, la familia, pero desintegrada y sin valores de ninguna clase.

Pero no solo es la educación un deber que impone la patria potestad sino muchos otros, como son la guarda y custodia, la facultad de representarlos en actos jurídicos, administrar sus bienes, corregirlos, decidir sobre su educación y donde deben tomarla.

La patria potestad es pues, la autoridad y conjunto de facultades que tienen los padres, para poder cumplir con el deber que tienen de educar y proteger a sus menores hijos, es decir, cumplir con su función social de formar un individuo útil, productivo y apto a nuestro México, compromiso que al momento de engendrar a un ser humano han adquirido tal vez consiente o inconscientemente, pero que finalmente están obligados a cumplir con sus deberes.

La naturaleza de la patria potestad, consiste en los poderes que tienen los ascendientes, para que estén en posibilidad de cumplir sus deberes que les conciernen respecto de sus hijos, por lo tanto el derecho y el deber que tienen, no se encuentran en oposición, sino que se tiene el derecho, para cumplir con el deber. Como ejemplo podemos citar el derecho de corregir, para cumplir con el deber de educar.

Es importante mencionar que en nuestra sociedad actual no importa que los menores que están bajo el ejercicio de la patria potestad sean hijos naturales, o bien nacidos en legítimo matrimonio, puesto que lo que importa es su sano desarrollo y están obligados a velar por este desarrollo tanto los padres que estén civilmente casados, como los que procrearon un hijo fuera del matrimonio.

Por último y para concluir el presente apartado sobre conceptos principales de la patria potestad, es conveniente apuntar que en los tiempos antiguos, la patria potestad se le consideraba un poder casi despótico que tenían los padres sobre los hijos, pues como se pudo apreciar en el capítulo I, podían los pater familias, mutilar, exponer, vender e incluso matar a quienes estuviesen bajo su potestad o poder. Hoy día el concepto ha cambiado radicalmente pues la patria potestad es la obligación que tienen los ascendientes de dar protección a los hijos, para que éstos se desarrollen adecuadamente en la sociedad en que vivimos, por ello se les debe educar, cuidar y debe entenderse la relación que surge de la patria potestad, como una relación ante todo de respeto; esta relación surge por virtud de la filiación y del hecho jurídico de la procreación.

La naturaleza de la patria potestad es un cargo privado, esto es, que lo ejercen particulares, en este caso los padres, pero sin embargo, es de interés público puesto que a la sociedad le interesa que los individuos se desarrollen adecuadamente y conforme a reglas morales, éticas y sociales, que hagan de éstos, hombres de provecho para la sociedad, de ahí que si el encargo privado no se lleva adecuadamente, el estado puede intervenir para corregir las anomalías a través siempre del Representante Social o Agente del Ministerio Público.

3.2. Características Esenciales de la patria potestad.

LA PATRIA POTESTAD ES IRRENUNCIABLE. Establece la Ley Civil que no se puede renunciar al ejercicio de la patria potestad, solo en los casos en que ella misma señale, como es el caso de aquellos que por su edad avanzada alcancen la edad de sesenta años y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir con las funciones y deberes que impone la patria potestad. No se puede renunciar al ejercicio de la patria potestad porque como ya se dijo es un cargo privado pero que entraña un

interés público, pues el Estado y la sociedad tienen interés en la adecuada formación de los menores, en tal virtud, no se puede renunciar a los derechos privados que afecten directamente el interés público. Además no es posible renunciar a la patria potestad, toda vez que ello implicaría perjudicar los intereses de los menores que se encuentran bajo la autoridad paternal, pues quedarían expuestos y en total abandono.

LA PATRIA POTESTAD ES INTRANSFERIBLE. Hemos visto que la patria potestad es una figura que nace de la filiación, y es por ello que corresponde únicamente a los ascendientes del menor ejercerla, de tal suerte que los derechos y los deberes que integran a la patria potestad, están fuera del comercio. Únicamente se puede transmitir la patria potestad por medio de la adopción, pero esta transmisión no se puede dar simplemente por acuerdo de particulares; solamente puede transmitirse como consecuencia de que un Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción como medida protectora del interés del adoptado.

LA PATRIA POTESTAD ES IMPRESCRIPTIBLE. Quiere decir esta característica que los derechos y deberes que implica la patria potestad, no se extinguen con el transcurso del tiempo, aunque estudiaremos más adelante la forma de extinguir la patria potestad.

EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. Corresponde a los ascendientes ejercer la patria potestad, ello se debe a la confianza que inspira por razón natural, los ascendientes por consideraciones éticas y sociales que los hacen personas idóneas para cumplir su encargo y sobre todo, en atención al parentesco.

Por razón natural se entiende la filiación, vínculo entre padres e hijos que emana de la procreación y que conlleva al parentesco, pues son los ascendientes quienes engendran a sus menores hijos, de tal suerte que se debe suponer que tienen una razón

natural para cuidar sus intereses y sus bienes, debido al amor maternal o paternal que se supone debe existir.

Asimismo la razón ética, consiste en el deber que se tiene de luchar por los intereses y el bien de la familia y esta razón es incluso alentada por el ejemplo que imponen familias de buena posición social, para la superación de quienes tienen bajo su tutela.

Finalmente la razón social se refiere como ya lo hemos apuntado al deber que tiene quien ejerce la patria potestad de formar hombres útiles para la sociedad.

3.3 Personas que Ejercen La Patria Potestad.

Es importante distinguir si el menor es nacido de matrimonio, si es un hijo adoptivo, si es un menor nacido fuera del matrimonio, etcétera, ello para poder determinar qué persona ejercerá la patria potestad, en tal virtud:

Si el menor es nacido en matrimonio, corresponde ejercer la patria potestad a la madre y al padre conjuntamente, a la muerte de alguno de ellos, la ejercerá el cónyuge superviviente y a falta de los dos, será ejercida por el abuelo y la abuela paterna, finalmente por el abuelo y la abuela maternos sucesivamente.

Un menor adoptado está únicamente bajo la patria potestad de la persona o personas que lo adoptan, en cambio un hijo nacido fuera del matrimonio, si es reconocido por ambos progenitores y éstos últimos viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad, si no viven juntos pero reconocieron al menor, ambos se pondrán de acuerdo para saber quién ejercerá la patria potestad, en caso de que no lo hagan, decidirá el Juez Familiar, previo inicio de la instancia correspondiente.

Si el menor fue reconocido por la madre y después por el padre y los progenitores no viven juntos, ejercerá la patria potestad ambos cónyuges, pero quien lo reconoció en primer término ejercerá la custodia o se podrán poner de acuerdo sobre su custodia.

3.4. Efectos de La Patria Potestad.

La relación jurídica que se da en virtud de la patria potestad, trae consigo los siguientes efectos:

3.4.1. Efectos con Relación a Las Personas.

Las personas que intervienen en la relación jurídica que la patria potestad establece, son los sometidos a la patria potestad y los que la ejercen, en el primer supuesto, los hijos menores de edad no emancipados o sujetos a la autoridad y en el segundo caso, los padres o ascendientes del menor que ejercen la patria potestad, misma que trae diferentes efectos en las personas que intervienen, que se pueden entender como facultades o deberes, a continuación se verán estos derechos y obligaciones en los dos sujetos que intervienen en esta relación jurídica.

Los sometidos a la patria potestad. Los menores sometidos a la patria potestad, deben obediencia a sus padres, como un deber ético y hasta religioso, que además la legislación civil para el Estado de México contempla en su artículo 393, que dispone que los menores deben respeto, no solo a sus padres, sino también a sus abuelos, que en determinado momento podrían ejercer la patria potestad.

En este punto es importante destacar que los menores tienen la obligación de auxiliar a sus ascendientes y este deber no se extingue al extinguirse la patria potestad, pues ellos deben de ocuparse de sus ascendientes como retribución a que

ellos fueron quienes los educaron y protegieron. Cuando los padres son de edad avanzada, corresponde a sus hijos velar por ellos.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 411 correlativo al artículo 393 del Código para el Estado de México, ya contempla una relación diferente entre los sujetos a la patria potestad, pues impone la obligación de respetarse a los dos sujetos estableciendo: "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Las personas que ejercen la patria potestad. Los padres o abuelos que ejerzan la patria potestad, tienen la obligación de educar a las personas que tengan bajo su potestad o autoridad paternal, esta obligación es tan importante que está elevada a rango constitucional, pues el artículo 31 de nuestro Ordenamiento Legal Supremo establece en su fracción I esta obligación, al consignar: "Son obligaciones de los mexicanos:

Fracción I hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria y secundaria, . . .

Los ascendientes que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a los menores que estén bajo su autoridad, y podrán incluso auxiliarse de las autoridades para que éstas apliquen correctivos en caso de ser necesario, obviamente estos correctivos deberán ser moderados, protegiendo sobre todo la integridad y derechos humanos del menor.

Los ascendientes que ejerzan la patria potestad, tienen la obligación de suministrar alimentos a los menores, esta obligación es muy importante sobre todo por lo que el concepto de alimentos significa, esto es, que debe comprender el vestido, la

habitación, los alimentos, educación, etc., pero hay que hacer notar que los alimentos no surgen de la figura de la patria potestad, sino del parentesco. Al respecto cabe citar: " La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayor edad del hijo. La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos (artículos 303 y 311 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal) " ²⁴.

Los ascendientes tienen la facultad de administrar los bienes de quienes estén bajo su autoridad, siempre que estos bienes los haya adquirido por una fuente que no sea su trabajo. En el caso de que la patria potestad sea ejercida tanto por el padre y la madre, o bien la abuela y el abuelo, deberán ponerse de mutuo acuerdo sobre quién llevará la administración de dichos bienes, pero aquel que lleve esta administración, siempre deberá consultar los asuntos más importantes con el otro ascendiente que tenga asimismo la patria potestad.

Una facultad muy importante y que no hay que dejar de lado es aquella que tienen los ascendientes que ejerzan la patria potestad de representar a los menores en juicio, ello en virtud de que al ser menores de edad no tienen la capacidad de hacer valer sus derechos.

²⁴ Ignacio Galindo Gorfias. Der. Civil p. 582.

Facultad muy importante y de especial importancia en el presente trabajo de investigación, es aquella que otorga la figura jurídica de la patria potestad a quienes la ejercen sobre de quienes tienen la autoridad es la **guarda y custodia**, que otorga la facultad de vigilar al menor o sujeto a patria potestad y es esta facultad recíproca con el menor, pues éste no puede abandonar la casa de quien tiene la patria potestad, y éste último a su vez, tiene la obligación de educar adecuadamente al sujeto a patria potestad.

La **guarda y custodia** de un hijo es un medio de protección material, esto es, que quien tiene la guarda y custodia de un menor, es quien de hecho ejerce la patria potestad sobre dicho sujeto, pero en los casos de divorcio, no significa que quien no tiene la guarda y custodia, no tiene la patria potestad, puesto que tiene las otras facultades ya mencionadas en líneas que anteceden, de cualquier forma el divorcio y como consecuencia la guarda y custodia de los hijos será abordado de nueva cuenta y más ampliamente en el capítulo siguiente.

3.4.2. Efectos de La Patria Potestad Sobre Los Bienes de Los Hijos.

En cuanto a los bienes del sujeto a patria potestad como figura jurídica, ésta da las siguientes facultades a los ascendientes que ejercen la patria potestad.

- **Administración de los bienes.** En este punto debemos destacar que los bienes del hijo o sujeto a patria potestad, pueden provenir ya sea de su trabajo o bien, de cualquier otro medio, como puede ser el ganar una apuesta en un juego de azar, recibir una herencia, etcétera.

En el caso de que los bienes sean producto de su trabajo, el hijo tiene pleno dominio de los mismos, pero el usufructo de aquellos bienes que no hayan sido

adquirido por el trabajo, corresponde la mitad a las personas que ejerzan la patria potestad, excepto cuando se hayan adquirido por un legado o herencia y el testador disponga que el usufructo completo, pertenezca al hijo, en este caso, se deberá acatar la última voluntad del testador.

La mitad del usufructo a que nos hicimos referencia en el párrafo anterior, pueden renunciar a él los ascendientes que tiene derecho, pero deberán hacerlo por escrito y esta renuncia, se considerará una donación.

● **Garantías a favor de los bienes del sujeto.** Los ascendientes que ejerzan la patria potestad, no podrán malgastar o dilapidar los bienes del menor, solo en causa de absoluta necesidad o en beneficio del menor, en los casos de que quieran gravar un bien inmueble o joyas de gran valor, y para ello deberán solicitar la autorización judicial mediante una Jurisdicción Voluntaria, promovida ante el Juez de lo Familiar Competente.

Los padres deberán rendir cuentas de administración de los bienes, y deberán entregárselos al sujeto a patria potestad, tan pronto como éste, cumpla la mayoría de edad o se emancipe.

Los que ejerzan la patria potestad no podrán celebrar contratos de arrendamiento, por mas de cinco años, ni recibir renta anticipada por más de dos años, ni podrán vender valores comerciales.

● **Intervención judicial.** En el caso de que los ascendientes no estén llevando su encargo de los bienes adecuadamente, los jueces de lo familiar podrán intervenir, ello a petición de cualquier persona por conducto del Ministerio Público, de este modo podrá tomar las medidas necesarias para que no se derrochen los bienes del sujeto a

patria potestad, una vez mas, en este sentido citaremos: “. . . las personas que ejercen la patria potestad, están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad, es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen al descendiente por los actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondrían en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo”²⁵.

3.5 Extinción de La Patria Potestad.

La patria potestad se acaba cuando sin una acción culpable por parte de los ascendientes, las leyes acaban con ella, señalando ciertos actos por los cuales deba concluir. En este sentido podemos apuntar los siguientes casos:

- a) Cuando el hijo alcance la mayoría de edad.
- b) Por muerte del hijo.
- c) Porque no existan ascendientes en quienes recaiga la patria potestad.

La patria potestad se pierde cuando por una acción culposa por parte de los ascendientes, la ley termina con ella, esto ocurre cuando los ascendientes no cumplen adecuadamente sus deberes y la Ley dispone su privación.

Asimismo la Patria potestad se suspende cuando el que la ejerce hace valer alguna incapacidad que le impida seguir ejerciendo la misma. En este sentido debemos hacer notar que la extinción de la patria potestad, la pérdida del ejercicio de la patria potestad y la suspensión del ejercicio de la patria potestad, será objeto de mayor

²⁵ Ignacio Galindo Garfias. Op. Cit. p. 686-687.

estudio, puesto que el tema del presente trabajo de investigación así lo amerita, por lo que seguirá su estudio en el capítulo IV.

3.6. Estudio de La Patria Potestad en el Código Civil para el Estado de México y Comparativo con El Código Civil para El Distrito federal.

La patria potestad está regulada en el Estado de México y el Distrito Federal por el Código Civil, puesto que a diferencia de algunos estados de la Federación como son el de Hidalgo y Zacatecas, no cuenta con un Ordenamiento de leyes únicamente en materia Familiar, en ambas entidades Federativas este Código fundamenta la figura jurídica que hoy nos ocupa, en el Libro Primero, Título Octavo titulado DE LA PATRIA POTESTAD, mismo que contiene tres capítulos.

El capítulo I se refiere a los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.

El capítulo II se refiere a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo y,

El capítulo III, en el Estado de México, trata de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. En cambio en el Distrito Federal, este Capítulo se titula de la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.

CAPÍTULO I

ART. 393. Los hijos, cualquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Impone a los descendientes un deber que se funda en el respeto que debe imperar en el seno familiar, enfatizando que esta norma es de las llamadas leges minus quam perfectae, porque no es posible exigir coactivamente su cumplimiento. El artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, perfecciona e impone tanto a ascendientes como descendientes la obligación de respetarse mutuamente sin importar estado, edad ni condición.

ART. 394. 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.

Lo anterior en razón, de que como ya hemos visto, la patria potestad es una figura jurídica que tiene su fundamento en la filiación. El art. 412 correlativo en el distrito federal, versa en la misma forma.

ART. 395. 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.

En este sentido es importante mencionar que los menores sujetos a patria potestad cuando cometen ilícitos o bien causan daños, los responsables de tales actos son aquellos Mayores que ejercen la Patria potestad, ello además implica la obligación de reparación del daño, en su caso, por los citados Mayores.

El artículo 413 correlativo en el Distrito Federal expresa en su última parte ... la Ley de tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

ART. 396. 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 la abuela maternos.

Como el hombre y la mujer son iguales ante la Ley, deben ejercer la patria potestad conjuntamente y decidir las cuestiones inherentes a este derecho de común acuerdo. En este sentido el artículo 414, correlativo en el Distrito Federal, es totalmente diferente al prevenir: La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Atinada es la previsión del legislador del Distrito Federal, al no establecer un orden determinado a los ascendientes en segundo grado para ejercer la patria potestad, poniendo en primer término las circunstancias del caso en particular.

Art. 397. Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 362 y 363.

Si viven juntos los padres del menor que no se casaron, conjuntamente ejercerán la patria potestad sobre el menor, puesto que la patria potestad nace de la filiación y no del matrimonio.

Cuando viven separados los progenitores del menor que no celebraron matrimonio civil, uno solo de ellos ejercerá la facultad que otorga la patria potestad: la custodia, sin embargo, ambos ejercerán la patria potestad. El art. 415, correlativo en el D.F., fue derogado el treinta de diciembre de 1997.

ART. 398. En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Es lógico pensar que, si el derecho de la patria potestad de los progenitores se ejerce conjuntamente porque es un derecho que emana de la filiación, cuando uno de ellos deja de ejercer este derecho, el otro es quien tiene el derecho preferente de seguirla ejerciendo, siempre y cuando éste último no haya sido condenado a la pérdida de este derecho. A mayor abundamiento y perfeccionamiento de lo anterior, el art. 416 correlativo en el D.F., obliga a quienes ejercen la patria potestad en caso de separación a continuar con sus deberes y a convenir con el ejercicio de la patria potestad en especial por lo que hace a la custodia; en caso de controversia ya desde este artículo, otorga facultades al Juez Familiar para que decida, siempre tomando en consideración el interés superior del menor, otorgándose al progenitor que no queda con la custodia, el derecho de vigilancia y convivencia con los menores.

ART. 399. Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivan juntos se separen, continuarán 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.

Se otorga una facultad a los padres, que es la de decidir, pues son ellos, quienes pueden, conjuntamente, tomar la mejor decisión, pero si no se ponen de acuerdo, es cuando interviene el Juez Familiar. El art. 417 correlativo en el Distrito Federal, va mas allá y otorga la facultad de convivir con sus descendientes a aquellos que aún teniendo la patria potestad, no tienen la custodia; limitando este derecho, solo por un mandato judicial, atendándose desde luego el interés superior del menor.

ART. 400. A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 396, en el orden que determine el Juez Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Que ascendientes, es una cuestión que deberá resolverse en cada caso en particular, y es importante mencionar que aún en los casos de hijos de matrimonio, se decidirá, conforme a los intereses del menor. El art. 418 en el Distrito Federal, es diferente a este precepto, pues mejora la intención de la ley e impone y otorga a los progenitores que por cualquier circunstancia tengan la custodia, las obligaciones y facultades establecidas para los tutores, imponiendo el deber de contribuir con el pariente que custodia el menor a quien conserve la patria potestad.

ART. 401. La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

En la adopción plena, la patria potestad se ejercerá en los términos señalados en este Código para los hijos consanguíneos.

El primer apartado se refiere a la adopción simple, pues el adoptado conserva los lazos con su familia de origen, sin embargo, sobre él ejercen la patria potestad sus adoptantes. Es conveniente resaltar que El artículo 419 correlativo en el D.F., no establece el segundo párrafo referente a la adopción plena.

ART. 402. 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 este derecho.

Siempre debe observarse en estos casos el interés preferente de los menores. En el derecho romano, no podía ejercer sola la madre la patria potestad, pues correspondía hacerlo al Pater familias.

El art. 420 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 403. 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.

Este precepto tiene su razón de ser, en virtud de que el domicilio legal del menor no emancipado es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto, como lo estipula el artículo 31 fracción segunda del presente ordenamiento legal. El art. 421 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 404. A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Este artículo comprende también la obligación de los padres a proporcionar alimentos (En el sentido totalmente jurídico) a sus menores hijos. Es importante también la facultad que se otorga al Ministerio Público, ello en virtud de que la patria potestad, como se ha visto, es de interés público, pues de ésta depende la formación de ciudadanos bien formados y con buenos principios, incluso morales. El art. 422 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 405. Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

Este ordenamiento pretende prevenir que los menores causen daños a terceros, pero no se les permite causarles lesiones a los menores, cosa que en el pasado sí se podía hacer. Es de suma importancia que no se vulnere la integridad de quienes están bajo este poder y en ese sentido el artículo 423 en el Distrito Federal es atinado al establecer en su segundo párrafo “La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica (en relación a la violencia familiar).”

ART. 406. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

Lo anterior se entiende aún mas porque el menor no emancipado es naturalmente incapaz, y además quien la ejerce, es totalmente responsable de los actos del menor. El art. 424 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

CAPÍTULO II.

ART. 407. 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.

Además de que como se dijo, los menores son incapaces, no pueden disponer libremente de sus bienes, así como no pueden disponer libremente de su persona, por ello se delega esta facultad a sus Ascendientes. El art. 425 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 408. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Los bienes que se adquieren por el trabajo del menor, sí puede manejarlos éste, sin embargo los que se adquieran por cualquier otro medio, como puede ser la donación,

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is crucial for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part of the document outlines the various methods and techniques used to collect and analyze data. It highlights the need for a systematic approach to data collection and the importance of using reliable and valid measurement tools.

3. The third part of the document discusses the challenges and limitations of data collection and analysis. It notes that there are often significant barriers to obtaining high-quality data, and that the results of data analysis can be influenced by a variety of factors, including the quality of the data and the methods used.

4. The fourth part of the document provides a detailed overview of the different types of data that can be collected and analyzed. It includes a discussion of both quantitative and qualitative data, and the various methods used to collect and analyze each type of data.

5. The fifth part of the document discusses the importance of data in decision-making and the role of data analysis in identifying trends and patterns in the data. It emphasizes that data analysis is a critical tool for understanding the organization's performance and for making informed decisions about its future.

6. The sixth part of the document provides a summary of the key points discussed in the document and offers some final thoughts on the importance of data in the organization's success. It concludes that data is a valuable asset and that the organization must invest in the resources and expertise needed to collect and analyze it effectively.

7. The seventh part of the document is a conclusion that summarizes the main findings of the document and provides a final statement on the importance of data in the organization's success. It reiterates that data is a critical tool for understanding the organization's performance and for making informed decisions about its future.

sucesión o juegos de azar, como la lotería, son a los que se refiere el artículo en comento. El art. 426 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 409. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

La ley también requiere la autorización judicial en estos casos, pero como en el artículo 426, se requiere del consentimiento conjunto de los ascendientes que ejercen la patria potestad, para terminar un juicio por transacción, por ejemplo en un convenio que pone fin al divorcio necesario para dar paso al procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento. El art. 427 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 410. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiere por su trabajo.

II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

El efecto de este precepto es con relación a la administración de los bienes y tiene su antecedente en el derecho romano con los peculios estudiados y que otorgaban la administración e incluso la propiedad de ciertos bienes a los menores, preferente a los ascendientes. El art. 428 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 411. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Sin embargo para los negocios de estos bienes, necesita la autorización judicial, como para la hipoteca; pero si el menor tiene facultad para hacerse de bienes por su trabajo, la tiene también para su administración y tiene también antecedente en el derecho romano. El art. 429 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 412. 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.

Lo anterior se entiende, puesto que antes del derecho de los ascendientes o del menor, está el derecho del testador. Además se da la administración de dichos bienes a los ascendientes, porque se entiende que el menor puede dilapidarlos y es asimismo de entenderse que se otorgue la mitad del usufructo a aquellos, en virtud de que son ellos quienes mantienen al menor y le tratan de dar lo mejor para su desarrollo. El art. 430 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 413. Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

Es posible renunciar a este derecho, porque no se afecta derechos de terceros, ni siquiera del menor, además por tratarse de un derecho privado. La renuncia será revocable si así lo disponen los ascendientes, o bien irrevocable, según lo dispongan éstos, entendiéndose como una declaración unilateral de voluntad. El art. 431 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 414. La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, se considera donación.

Por aumentar el patrimonio del menor, se considera esta renuncia una donación, además de que se instituye el usufructo como una compensación a su tarea de educar al menor, pero si los padres no tienen necesidad a esta compensación por la administración de los bienes o bien no la desean, es por lo que se da esta renuncia. El art. 432 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 415. 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.

Si los bienes no han sido aún administrados por quienes ejercen la patria potestad, no tiene razón de otorgarles los créditos vencidos, pues no hay nada que compensar, pues no han hecho labor de administración. El art. 433 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 416. 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 ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Sigue este precepto cuidando en todo momento los intereses de los menores, incluso contra los intereses de sus ascendientes que pudieran ver su interés propio, antes que el de los menores. El art. 434 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 417. 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.

Aunque se otorga la facultad al menor de edad de administrar sus bienes, ya sea por mandato judicial, o por voluntad de quien ejerce la patria potestad, ello no implica que el menor pueda vender, hipotecar o gravar los bienes, porque estos actos exceden los actos propios de la administración, dado que puede sacar a los bienes del propio patrimonio. El art. 435 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 418. 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 evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos

remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

Alude a que la administración de los bienes por parte de los ascendientes, debe de tener a la conservación de los mismos e incluso a su aumento, por éste último motivo y de absoluta y comprobada necesidad es que este precepto permite su enajenación, siempre que no se menoscaben los bienes en demasía. El art. 436 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 419. 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 a favor del menor.

Al efecto el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Además de que el juez deba vigilar el buen uso del producto de la venta, es una obligación por parte de los ascendientes comprobarle al juez familiar que dicho producto ha sido bien empleado y el remanente incluso, reinvertido. El art. 437 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 420. 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.*

Como el usufructo al que nos hemos referido, tiene su nacimiento por virtud de la patria potestad, es lógico que al terminarse ésta por cualquier motivo, termine también el usufructo, se exceptúa e esto, la renuncia ya comentada. El art. 438 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 421. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Lo anterior siempre a petición de la parte interesada y al final del ejercicio de la patria potestad, acción que se ejerce ante el juez familiar competente. El art. 439 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 422. 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.

Si son dos los que ejercen la patria potestad y solo uno de ellos tiene interés en contrario, no será necesario nombrar tutor, pues representará al menor quien no tenga interés en su contra, siempre con observancia de los intereses del menor. El art. 440 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

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

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público.

Es facultad del juez familiar, retirar el usufructo a los ascendientes, cuando se compruebe que su administración ha sido notoriamente ruinosa. Es importante destacar en este punto, la Representación Social del Ministerio Público, ello en razón del interés público, que representa la patria potestad. El art. 441 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

ART. 424. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Sin embargo, los menores deben por equidad, resarcir los daños causados a sus ascendientes, cuando éstos sufran un menoscabo económico, por su administración; asimismo los ascendientes deberán resarcir los menoscabos económicos sufridos al patrimonio del menor por su mala administración. El art. 442 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

CAPÍTULO III.

ART. 425. La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;*
- II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio;*
- III.- Por la mayor edad del hijo.*

Aunque el matrimonio del menor se disuelva, el menor de edad, no recae en patria potestad. El art. 443 en el Distrito Federal, establece una IV fracción que rige: Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes. Situación que es prudente quede muy bien asentada, aunque se presuma de hecho.

ART. 426. La patria potestad se pierde:

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

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

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

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

Este precepto otorga la facultad al juez de decidir sobre la pérdida de la patria potestad, pero siempre tomando en cuenta que éste es un derecho que original y naturalmente corresponde ejercerlo a los padres, por ello debe probarse efectivamente el daño causado al menor, para tomar esta decisión tan trascendental. El código del Distrito Federal en su artículo correlativo 444, asienta que solo podrá perderse la patria potestad por resolución judicial y adiciona causales para perderla que no contempla la legislación mexiquense, como son por violencia familiar, condena por dos o mas veces de un delito grave, incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad, situación esta última que parece muy acertada, porque en los tribunales del Estado de México, no basta para decretar la pérdida de la patria potestad el incumplimiento de referencia, pues tiene también que probarse asimismo que se compromete la salud o integridad del menor, situación que es ridícula. Por lo que en general, es más acertada y adecuada a la realidad actual la legislación en la Capital de México.

Es de hacerse notar que por reforma hecha al Código del Distrito Federal en fecha veinticinco de mayo del año dos mil, se adicionó el artículo 444-Bis, que establece la limitación al ejercicio de la patria potestad en los casos de divorcio o separación, artículo que no existe en la legislación civil del Estado de México.

ART. 427. La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad.

En virtud de que la patria potestad emana de la filiación y por el hecho de contraer nuevas nupcias, no se acaba con esta filiación, además de que el artículo precedente no enuncia esta situación como pérdida de la patria potestad. El artículo 445 correlativo en el Distrito Federal fue reformado en la fecha de referencia y ahora deja asentado que el nuevo cónyuge o concubino, no ejercen la patria potestad de la unión anterior, situación que es atinada para evitar violencia familiar bajo este pretexto y que no contempla la legislación mexiquense por cuanto hace al concubinato.

ART. 428. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Ello también en razón de que la patria potestad emana de la filiación y el parentesco que nace es por afinidad, no consanguíneo. El artículo 446 correlativo en el Distrito Federal, fue derogado el veinticinco de mayo del año dos mil.

ART. 429. 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.

Es de inferirse que se suspende temporalmente hasta que las causas que han dado lugar desaparezcan, pero habrá que solicitar al juez familiar que se reintegre en el derecho de este ejercicio. El art. 447 correlativo en el Distrito Federal, adiciona otra causal que es la de alcoholismo, juego o drogadicción, siempre que se atente en cualquier forma contra el menor.

ART. 430. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponde ejercerla, pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente su desempeño.

Por el hecho de tener edad avanzada, un tercero no puede alegar la pérdida de la patria potestad, pues solo es facultad de quien la ejerce excusarse, ello porque piense que no puede ejercer debidamente esta obligación. El art. 448 correlativo en el D.F., no establece mayor diferencia.

CAPÍTULO IV
SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PROGENITOR
QUE TRASGREDA EL MANDAMIENTO JUDICIAL QUE HA
OTORGADO LA CUSTODIA A OTRO PARIENTE.

La guarda o custodia del hijo menor de edad no emancipado es el atributo más importante de los que concede la Patria Potestad a sus titulares, es decir, a los padres sobre sus menores hijos, por ello en los capítulos que precedieron, nos ocupamos de estudiar a la patria potestad detalladamente. Sin embargo en este capítulo y dado el tema fundamental del presente trabajo se procede a estudiar de manera específica la custodia o guarda de los menores hijos, para finalmente sostener la procedencia de la suspensión supraindicada.

4.1. Principales Conceptos sobre Custodia.

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.

GUARDA.- Procede del germanesco *wardon*, que significa cuidar.

De las anteriores acepciones etimológicas, se puede deducir que la custodia y la guarda, son sinónimos, solo que proceden de diferentes raíces.

Por lo que se refiere al ámbito jurídico, la Custodia, no solo se refiere a los hijos, puesto que en el derecho romano la Custodia, significó una clase especial de cuidado que debía tener el poseedor de la cosa de la cual era deudor, ello como si fuese un *bonus pater familias*.

En el Derecho Romano la CUSTODIA era en general; el cuidado que se debía tener sobre una cosa ajena, para que ésta última se conservase, no fuera robada o usucapiada por terceros.

La Custodia o Guarda de alguna cosa, no es materia del presente estudio, lo es LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

El Diccionario Jurídico Mexicano, define a La Guarda de Los Hijos de la siguiente manera; “ Se entiende en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia”²⁶.

Cuando una familia vive unida, es decir una pareja que se casó, antes del divorcio, o bien, una pareja que vive en concubinato y no se ha separado, corresponde a los dos progenitores hombre y mujer, padre y madre, ejercer los derechos y las obligaciones que confiere la patria potestad a ambos, esto es, ejercen dichos derechos y cumplen aquellas obligaciones de manera conjunta.

Los progenitores que viven en familia, son los guardianes y defensores naturales de sus menores hijos, pues ellos dos los cuidan, custodian, guardan, alimentan y protegen conjuntamente.

Pero después de la separación de los concubinos o bien del divorcio de los casados, les corresponde a los progenitores decidir sobre la custodia de cada uno de sus menores hijos, pero si no se ponen de acuerdo, le corresponderá a un Juez de lo Familiar, resolver sobre el particular.

²⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D-H, p. 1555.

En el caso de que se dé una separación entre una pareja con hijos, se deberá separar los derechos y obligaciones que cuando se vivía en familia, se ejercían y cumplían, en equipo. Lo anterior no significa que el padre que no tiene la custodia de algún hijo, porque así lo decidieron tanto él como su pareja, o bien, un Juez de lo Familiar, deje de ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos, por el hecho de que ya no los tendrán bajo su custodia, pues como ya lo hemos visto, la custodia, es solo una facultad de las varias que da la patria potestad a quienes la ejercen.

Existe pues la posibilidad de separar la custodia (facultad que otorga la figura jurídica de la Patria Potestad a su titular), del conjunto de facultades que derivan de la Patria Potestad, sin afectar los demás atributos de esta última figura.

Cuando el ejercicio de la Patria Potestad es contrario con el interés de la familia; más aún de los intereses de los menores y hasta de la propia Sociedad. Si el ejercicio de las facultades que otorga la Patria Potestad no va de acuerdo con los fines que persigue esta figura jurídica, como lo son el sano desarrollo del menor y su adaptación a la sociedad. Peor aún, cuando al ejercer dichos derechos, se causan lesiones tanto físicas como morales a los menores de edad, procede determinar que solo uno de los titulares de la patria potestad, la ejerza.

En este orden de ideas, el separar la Custodia del Conjunto de facultades que otorga la Patria Potestad, procede en dos casos fundamentales a saber:

A) Cuando se da la separación de una pareja que inicialmente vivía en familia, en un hogar y que realizaba sus obligaciones y ejercía los derechos que les otorga la patria potestad de manera conjunta;

B) Cuando uno de los dos titulares de la patria potestad, al ejercer los derechos que le otorga ésta, causa lesiones morales o físicas, a los menores que están bajo su autoridad paterna, o bien, no está cumpliendo con el fin que persigue la autoridad paterna, que es el sano desarrollo de los menores.

El legislador en México se ha inspirado en la antigua tradición judicial Francesa y sus antiguos parlamentos. Pues en Francia, los tribunales tienen derecho de inspeccionar y controlar a quienes ejercen la patria potestad para vigilar que se ejerza debidamente, sin causar daño a los menores que están bajo esta autoridad, y que se cumplan las finalidades que esta figura jurídica persigue.

Los Franceses han captado en este sentido un aspecto que se ha dado en la evolución de la Patria Potestad que se expresa en el Código Civil Francés, pues en él se establece que la Patria Potestad es un derecho intangible y por ende no se podía privar al titular de la patria potestad en ningún caso, ni siquiera en un caso de extrema necesidad, por ello el Juez Francés, ante los abusos que se daban en el ejercicio de sus facultades que involucra la patria potestad y la consumación de hechos perjudiciales a los hijos sometidos a tal autoridad, se exigía a cada instante un expedito remedio a tal situación, por ello decide con ese criterio suspender al padre o progenitor que cometía dichos abusos, suspenderlo de la custodia de los hijos, de esta manera se respetaba La intangibilidad del derecho de la Patria Potestad, pero al mismo tiempo se procuraba proteger al menor, ante tales circunstancias.

Actualmente la doctrina se ha robustecido con las opiniones de autores, sobre la teoría del abuso del derecho y es ahí donde se ha fundado la suspensión de la facultad que otorga la patria potestad a sus titulares, específicamente la GUARDA, sin que por ello dicho titular, pierda el derecho y obligaciones restantes, es decir, no pierde la titularidad de la patria potestad, sino solo uno de los atributos que ésta otorga.

Un tribunal que tiene la facultad de suspender a un sujeto de la patria potestad que ejerce sobre sus menores hijos, porque está causando algún daño al menor o no cumpla debidamente con los fines que persigue esta figura jurídica; tiene la facultad asimismo de suspenderlo solamente de un atributo que la patria potestad otorga, en el caso concreto, la CUSTODIA.

Lo anterior tiene su fundamento en el principio General de Derecho que reza: *quien puede lo más, puede lo menos.*

Esta facultad que tienen los Tribunales y de la que hemos venido hablando, no es ajena a los Tribunales Mexicanos, pues nuestra legislación da la pauta y establece que si para los intereses del menor, es conveniente separarlo de la custodia de sus padres, ya sea uno o ambos, y ponerlo bajo la custodia de un pariente o un tercero, según las circunstancias del caso concreto, está facultado para hacerlo y ello también sucede cuando se da el divorcio entre los cónyuges.

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal establece en su artículo 283 " La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra medida circunstancia que amerita la necesidad de la medida considerando el interés superior de éstos últimos. . .".

Cuando se otorga la facultad de la custodia de un menor a un tercero debidamente autorizado para tal efecto, al respecto la Suprema Corte de Justicia de nuestro país sostiene:

Disposición GUARDA Y CUSTODIA, PUEDE ENCOMENDARSE A PERSONAS DIFERENTES DE LOS PADRES SI CONVIENE AL MENOR (GUERRERO).- El artículo 46 del Código del Menor, de ese estado dice que en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, el juez resolverá conforme a las disposiciones del Código Civil; pero si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en el fallo, podrá apartarse de aquellas y dictar las medidas que estime necesarias, inclusive la de encomendar la guarda del menor a un tercero o confiárselo a la Institución Oficial o particular, según las posibilidades de sus padres o familiares, y encargar la administración de sus bienes a una institución fiduciaria.

Esa está íntimamente relacionada con los preceptos que anteceden y que todos forman parte del capítulo relativo a los conflictos sobre el ejercicio de la patria potestad, determinando el artículo 1º que señala: " Todos los menores de dieciocho años, sin distinción de sexo y nacionalidad, residentes en el territorio del Estado, tienen derecho: . . . III.- Al desarrollo integral de su cuerpo y de su mente en el seno de la familia o en un ambiente familiar; . . . VI.- A ser protegidos contra el abandono en todas sus formas y frente a la explotación de su persona y de su trabajo." De dichas disposiciones se sigue que en autos se demuestra fehacientemente que una mujer entregó voluntariamente a su menor hijo a los cuidados de terceros, por el trabajo que realizaba y además, por no tener suficiente tiempo para atenderlo, debe inferirse que de no haberse hecho cargo del menor, estas personas hubieran quedado expuesto al abandono, por lo que tomando en cuenta su tierna edad, etapa en la que necesita de cuidados y atenciones especialísimas, en primer término, para subsistir, y en segundo, para que tenga un desarrollo emocional normal, es indudable que se decide

acertadamente si se determina que sean las personas aludidas las que se encarguen de la guarda y custodia del menor, sin soslayar el hecho de que estando acreditado que la mujer referida es su madre tenga el derecho a un acercamiento con el mismo, a fin de que se logre una identificación entre ellos y no se le cause algún daño emocional, al sustraerlo del medio en que se encuentre.

Fortalece esta conclusión el propio Código en las disposiciones preliminares que se vienen analizando, en cuanto establece: "3º En cualquier caso de incompatibilidad o de duda, las disposiciones de este Código y cualesquiera otras que tengan por objeto la protección a la infancia y adolescencia, habrán de interpretarse en la forma que fuere más favorable a la protección que pretenden", lo que significa que si en la hipótesis examinada lo que se pretende es la protección del menor, se debe aplicar lo que dispone el artículo 46 del Código del Menor en los términos precisados.²⁷

Queda establecido de este modo que los Tribunales tienen la facultad de suspender de la guarda de los hijos a los padres que sin cometer actos que configuren plenamente una causal de privación, ejecutan otros actos que son menos graves, pero que imponen la necesidad de aplicar una pena de carácter civil y con ello proporcionarle al menor una protección en el caso concreto de que se trate, asimismo se le brinda un medio de defensa, para que no sea maltratado, o bien, para que se desarrolle conforme los fines de la patria potestad, exigen.

Sin embargo, no todos los criterios de los tribunales mexicanos son uniformes, pues basta citar la siguiente tesis:

²⁷ Amparo directo 1907/87.- María Luviano Hernández.- 5 de noviembre de 1987.

MENORES. PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN PARA RECOBRAR LA GUARDA DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).- La no existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye dicha prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de sus necesidades . . . Por tanto, si la Madre, teniendo el derecho de guarda referido, no tiene la posesión material del menor hijo sobre quien ejercitar esa prerrogativa de la patria potestad y obligación correlativa, puede recuperar la posesión de su menor hijo, mediante el interdicto establecido en el artículo 712 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.²⁸

Es de hacer notar que la tesis supra citada hace caso omiso de las constantes críticas que señalan como una aberración considerar a las personas como cosas, pues es obvio que las personas no pueden ser poseídas como una cosa, como un bien mueble o inmueble.

4.2. Antecedentes y Clasificación.

A) El derecho que tiene un padre a la custodia sobre su menor hijo, es un derecho natural, que se basa en la presunción de que el padre es quien está en la mejor posición para cuidar y velar por los intereses de sus hijos en caso de una separación entre cónyuges o concubinos, esta presunción se debía a que el padre producía ropa, alimentos, etc., y el hijo a su vez, ayudaría trabajar la tierra. La tradición dictaba que el padre era el guardián natural de sus hijos.

²⁸ Amparo directo 4029/67.- Juan Cantú Villanueva.- 3 de febrero de 1969.

- B) Con el correr del tiempo, se fue diluyendo el derecho absoluto del padre para obtener la custodia de los hijos menores, comenzó entonces a otorgarse la custodia a la madre, cuando los hijos eran de tan tierna edad que necesitaban de los cuidados maternos de que la naturaleza las doto.
- C) Posteriormente la custodia se podía otorgar a cualquiera de los dos progenitores, pero se debía atender siempre al mejor interés del menor, esto podía realizarse mediante un acuerdo entre los dos padres o en su defecto mediante la propuesta judicialmente valorada que hiciera el cónyuge demandante del divorcio.

En el caso de la legislación mexicana y hasta antes de 1954 se disponía que durante el proceso de divorcio los hijos de menos de siete años debían quedar bajo el cuidado de la madre; pero en ese año (1954), el artículo 282 del Código Civil sufrió una reforma y se suprimió tal regla, pudiendo quedar los menores bajo el cuidado de cualquier persona que designaren los Cónyuges. Sin embargo el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres, dicho precepto volvió a sufrir una adición y se rescató la regla de que los menores deben de quedar bajo el cuidado de la madre, atendiendo a su corta edad.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal actualmente dispone: Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el provisionalmente y sólo mientras dure el procedimiento, las disposiciones siguientes:

- VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

4.3 Clasificación de la custodia.

La custodia de los menores hijos, puede clasificarse de una manera General y de una manera Especial, según se derive del ejercicio de una facultad natural, o bien de una facultad legal que imponga al titular la obligación de custodiar o cuidar a los hijos, a bien porque derive de un mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer una custodia eventual.

En el primer caso, es decir, en el caso de la CUSTODIA GENERAL, estamos en presencia de una atención ilimitada, mientras que en la CUSTODIA ESPECIAL, el control se restringirá a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

Esta clasificación puede cuestionarse desde el punto de vista que aquel que tiene bajo su guarda a un menor, siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras éstas, no estén expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la Ley, en general, siempre y cuando, no se le cause un perjuicio, daño o lesión al menor.

4.3.1. La custodia también puede clasificarse asimismo por el tiempo de duración en:

- A) CUSTODIA PROVISIONAL.- Este es el caso de la custodia provisional que se da en los juicios de divorcio necesario, que solo dura mientras se desahoga el procedimiento y hasta en tanto el Juez Familiar, no resuelva sobre el particular en sentencia definitiva.
- B) CUSTODIA DEFINITIVA.- Se da cuando el Juez de lo Familiar emite su fallo en este sentido, es decir, en quién de los dos cónyuges recaerá la guarda de los hijos, y es un lapso de tiempo mayor al anterior.

4.3.2 La custodia según el hecho que le da origen, también se clasifica en:

- A) CUSTODIA NATURAL.- Esta custodia tiene su origen en la filiación, es decir, el padre y madre tienen derecho a la custodia, por el solo hecho de la procreación.
- B) CUSTODIA JUDICIAL.- Esta clase de custodia tiene su origen en la disposición Judicial (sentencia, auto, etc.), que ordena que la custodia la tenga tal o cual persona.

Finalmente la custodia en razón del número de menores hijos que se tienen bajo guarda, se clasifica en:

- A) CUSTODIA ÚNICA.- Cuando es solo un menor al que se cuida.
- B) CUSTODIA MÚLTIPLE.- Cuando son dos o mas menores hijos a los que se cuidan.

4.4 Características y funciones que comprende la custodia.

El derecho o la facultad de la custodia tiene como base la instrucción y corrección del menor por parte de quien la ejercen, es decir, de los padres, o como ya lo hemos visto, de un tercero a quien se le asignó esta facultad para que sea éste quien tenga su ejercicio. El *bienestar del infante*, es el elemento predominante en la determinación de la custodia.

Las características fundamentales de la custodia son a saber:

- I. Es un derecho *renunciable*.- Cualquier persona a la que se le otorgue en custodia a un menor, puede renunciar o excusarse de su cumplimiento. Es un derecho esencialmente renunciabile pero la renuncia a la custodia por parte de los sujetos activos del derecho en cuestión, estará siempre limitada estrictamente por los intereses del menor de cuya guarda se trate, pues resulta por demás inapropiado que ante la renuncia de este derecho se afecten volitiva e irremediamente las necesidades tanto materiales como psicológicas del menor, por ello quedará siempre a decisión del Juzgador el permitir o no que se de esta renuncia.
- II. Es un derecho *subordinado*.- Ya que está siempre condicionado a los intereses del menor, por lo que cualquier convenio entre los progenitores a este respecto, quedará sujeto a que dicho interés quede preservado.
- III. Es un derecho *intransmisible*.- Ya que solamente el beneficiario de él puede ejercerlo, no puede delegarlo a un tercero, a menos que convenga así a los intereses del menor.

IV. Las decisiones judiciales sobre la custodia no son inmutables ni definitivas, por exigirlo así la misma naturaleza de la institución, es decir, por el contrario son *modificables*, ello en razón, como ya se ha dicho, atendiendo a los intereses del menor y su mejor desarrollo tanto físico como moral.

4.5. Mandato Judicial que Asigna La Custodia de Los Menores a uno solo de sus Progenitores o a un pariente.

Cuando la custodia la ejercen los dos progenitores de manera conjunta y en un mismo domicilio, puede ocurrir que éstos se separen y los menores queden bajo la custodia de uno solo de ellos, pero en ese sentido haremos una distinción entre progenitores casados y entre progenitores concubinos, pues si los progenitores están unidos en legítimo matrimonio, su separación se va a dar por una de los dos divorcios que conocemos:

4.5.1. Progenitores Unidos en Matrimonio

A) EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.- En esta forma de diluir el vínculo matrimonial, y sin pretender hacer un estudio a fondo de esta vía procesal, los dos cónyuges manifiestan por escrito su deseo de divorciarse, adjuntando convenio por el cual uno de los dos cónyuges se hará cargo del menor o menores habidos en matrimonio y el otro pagará una pensión a favor de éstos y tendrá a su vez un régimen para poder visitarlos el citado convenio, después del procedimiento acostumbrado el convenio en cita, se aprobará por virtud de una sentencia definitiva en donde se establece el mandamiento judicial que autoriza a la cónyuge o al varón divorciante ejercer la custodia de los menores hijos, otorgándose a su vez al cónyuge que no ejerce esta custodia un régimen de visitas o viceversa.

B) DIVORCIO NECESARIO.- En este caso se pueden dar varios supuestos, como el caso de que el Cónyuge varón demande el divorcio a la Cónyuge que lo ha abandonado junto con sus menores hijos, o bien la madre se los haya llevado consigo, o viceversa, es decir, que la Cónyuge mujer demande el divorcio, pudiéndose invocar las distintas causales que previene la legislación sustantiva Civil, pero para nuestros fines, debemos tomar en consideración un caso en el que no se haya privado del ejercicio de la patria potestad a ninguno de los cónyuges divorciantes, y si en cambio se haya reconvenido un régimen de visitas, como en el caso resuelto por el Juez Segundo Familiar de Tlalnepantla, cuya sentencia a continuación se transcribe para efectos prácticos y de mayor estudio.

... TLALNEPANTLA, ESTADO DE MÉXICO, OCHO DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL...

... VISTOS, para resolver los autos relativos al Juicio Ordinario Civil, promovido por el señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, en contra de la señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, expediente número 239/2000, y

..... R E S U L T A N D O

... 1. Por escrito presentado el día veinticinco de febrero de este año, el señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, por su propio derecho demandó en la vía Ordinaria Civil de la señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, la disolución del vínculo matrimonial que la une, la regulación de visitas a su favor y de sus menores hijos, la liquidación de la sociedad conyugal y el pago de gastos y costas que origine el presente juicio, basándose para ello en los hechos que expuso, los cuales aquí se tienen por reproducidos en obvio de repeticiones, citó disposiciones de ley y acompañó los documentos que estimó necesarios.....

... 2.- Previo cumplimiento a la prevención hecho por auto inicial, por acuerdo dictado el día de siete de marzo de este año, se admitió la demanda en la vía y forma propuestas, y se ordenó se emplazara a la reo demandada en términos de ley, emplazamiento que se efectuó el día quince de ese mes de marzo, y en tiempo y por escrito presentado el día veintiocho de ese mes de marzo, la reo dio contestación a la instaurada en su contra, en los términos que a su derecho convino,

e hizo valer las defensas y excepciones que estimó procedentes y a la vez reconvinó del actor, la disolución del vínculo matrimonial que lo une, la guarda y custodia a su favor respecto de su menor hija de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, el pago de la cantidad de veintiocho meses de pensiones alimenticia vencidas a razón de doscientos pesos diarios a su favor así como de su menor hija nombrada, el pago de una pensión alimenticia de doscientos pesos a razón de doscientos pesos diarios, o su equivalencia a cinco mil seiscientos pesos mensuales, la liquidación de la sociedad conyugal, y el pago de los gastos y costas que origine el juicio, fundándose para ellos en los hechos que expuso, los cuales también se tienen por reproducidos en obvio de dilaciones, citó disposiciones de ley y peticiónó medidas provisionales; Por acuerdo del día veintiocho de marzo de este año, se tuvo por contestada la demanda en sus términos y una vez cumplida la prevención impuesta por tal auto, por proveído dictado el día veintinueve del mes de marzo que se ha venido citando, se admitió la contrademanda en la vía y forma propuesta y se ordenó se emplazara con la misma al actor por el término de ley, y se dictaron las medidas provisiones que se estimaron necesarias, y en fecha treinta de ese mes de marzo se emplazó al actor quien en tiempo y por escrito presentado el día siete de abril de este año, dio contestación a la reconvención en lo que a su derecho convino, y a pedimento del actor en el principal por proveído del día veintiocho de abril de éste año, se abrió una dilación probatoria por el plazo legal y mediante el cual las partes ofrecieron las probanzas que a su interés convino, recibándose las que creyeron necesarias, y concluido el término de prueba, a pedimento de la demandada en el principal por auto relativo se fijó día y hora para la celebración de audiencia final del juicio, la que tuvo lugar sin la asistencia de las partes el día treinta y uno de julio de éste año, y en la que solamente la demandada en el juicio primario por escrito alegó lo conducente, y al terminar la misma se dejaron los autos a la vista para dictarse la resolución correspondiente, la cual se pronuncia en los siguientes términos.

..... C O N S I D E R A N D O

- . . I.- Que por el hecho de que el actor ocurrió a este Tribunal entablando su demanda de divorcio necesario y el demandado por contestar la misma y

reconvenir, con fundamento en lo establecido por el artículo 43 en sus fracciones I y II del Código de Procedimientos Civiles, las partes se han sometido tácitamente a la jurisdicción de este Juzgado, por lo tanto el suscrito es competente para resolver el presente juicio.

. . . II.- Que el contrato civil de matrimonio celebrado por las partes bajo el régimen de sociedad conyugal y cuya disolución se reclama, en autos quedó acreditado, con la copia certificada de dicho acto civil que obra a fojas cuatro del expediente, así también quedó justificado que en ese matrimonio se procreó a la menor hija de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRIGUEZ, con la copia certificada de su acta de nacimiento que corre agregada a fojas cinco de antecedentes, ambos documentos que por ser públicos hacen prueba plena con fundamento en los artículos 316, 391 y 397 del Ordenamiento Legal citado en el considerando anterior.

. . . III.- Que el actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, al reclamar de la demandada señora SYLVIA MIRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, el Divorcio Necesario, invocó como causal la prevista por la fracción XVIII del artículo 253 del Código Civil vigente, " la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos" y que la funda en lo expuesto en los hechos del número tres al número cinco de su demanda, y en la que entre otros dice, que establecieron el domicilio conyugal en el lugar que indica, aclarando que desde hace más de tres años, su cónyuge y él se separaron y deshabitaron ese domicilio, que actualmente su cónyuge vive en el domicilio que pertenece a sus padres ubicado en la Calle de Guanajuato número ciento cincuenta y dos, Fraccionamiento Valle Ceylan, Tlalnepantla, Estado de México, en compañía de su menor hija, y él actualmente y desde su separación habita con sus padres en la Calle de Guanajuato número ciento setenta y dos, Fraccionamiento Valle Ceylan, en Tlalnepantla, Estado de México, que es el caso, que desde el día veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y seis, la hoy demandada y él se separaron por razones que no vienen al caso narrar, pero si por mutuo acuerdo, por lo tanto es aplicable su petición la que se funda en la disposición legal que menciona, así como el actor con los suyos, siendo

completamente falso que sea porque así lo convinieron ambos cónyuges, que la verdad de los hechos es que el actor con dolo y mentiras la depositó con sus señores padres desde el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y siete, manifestándole que era por un tiempo prudente, mientras le entregaban y el actor acondicionaba el departamento que en próximas fechas les entregaría el INFONAVIT, manifestándole su cónyuge que mientras él acondicionaba el departamento, ella y su menor hija se quedarán con los padres de la misma y que más adelante él le avisaría cuando el departamento estuviera habitable, aviso que a la fecha de la contestación sigue esperando, además que todos los documentos de entrega del mismo, como el certificado de entrega de vivienda los tiene en su poder el actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, que el hecho quinto es falso, en virtud que la verdad de los hechos es que ambos cónyuges se encuentran separados, pero no por mutuo consentimiento como dolosamente señala el actor, sino porque el propio actor el día veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y siete, de forma dolosa y con mentiras la dejó en el domicilio de sus señores padres junto con su menor hija, y desde esa fecha no se ha preocupado en lo más mínimo por su manutención, agregando al hecho séptimo, que la verdad de los hechos es que el actor desde que los depositó con sus señores padres nunca se ha preocupado por visitar y procurar los alimentos mas mínimos para ella así como para su menor hija, y con la confesión expresa y espontánea de la demandada verificada al formular posiciones para el desahogo de la confesional provocada a cargo del actor en el juicio primario, pues a las siguientes posiciones interroga y confiesa, a la número dos, que se encuentra separado del domicilio conyugal desde el día veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y siete, que él y la actora reconventionista tienen más de dos años de haber dejado de hacer vida marital, a la número nueve, que se ha abstenido desde el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y siete, a proporcionar manutención a favor de su menor hija y de ella, confesiones expresas todas ellas que en términos de lo establecido por los artículos 283, 284, 388 y 389 del Código Adjetivo Civil, hace prueba plena, a lo anterior se le adminicula al dicho de los testigos presentados por el actor de nombres MARIA DEL ROCIO PORTER GASPAR y SILVIA ALICIA MONTENEGRO

MARTÍNEZ, quienes al dar contestación a las siguientes preguntas directas que aquí se tienen por transcritas como si a la letra dice, a la número siete contestaron respectivamente que el actor tiene su domicilio actualmente en Guanajuato número ciento setenta y dos, Fraccionamiento Valle Ceylan, que tienen tres años viviendo ahí, que la señora tiene su domicilio en Calle Guanajuato número ciento cincuenta y dos, Valle Ceylan, principalmente desde que eran niños, que posteriormente se casaron y de que viven ahí tienen tres años y medio, a la ocho, que les consta que las partes tienen domicilios distintos, que el motivo lo es porque se separaron ya no se llevaban bien, a la número diez, que les constan que las partes se encuentran separadas, más o menos unos tres años o tres años y medio, testimonios uniformes y contestes que enlazados con la confesión expresa de la actora, se le concede eficacia demostrativa, valoración que se hace con fundamento en el artículo 410 de la Ley Adjetiva Civil, con las probanzas antes analizadas ha quedado acreditado que efectivamente las partes se encuentran separadas por más de dos años, advirtiéndose que esa separación se ha dado con el fin de dar por concluido el vínculo matrimonial que lo une, al dejar de cumplir con los fines y obligaciones que de este derivan, principalmente la de hacer vida en común bajo un mismo techo, circunstancia que sanciona la ley en la causal que se analiza, y como quiera que ninguna de las partes ha realizado actos tendientes a la regularización de su situación, dentro del lapso del tiempo transcurrido, ya fuere mediante el ejercicio de la acción de divorcio necesario por cualesquiera de las otras causales, la tramitación de éste en forma voluntaria, o por actos encaminados a la reanudación de la vida en común, y al cumplimiento de los fines del matrimonio, y en tal caso, se tiene por plenamente demostrada la causal objeto de estudio, lo que trae como consecuencia y así se resuelve, la procedencia de la pretensión de divorcio necesario, pues la demandada no demostró las defensas y excepciones que hiciera valer al efecto, por lo tanto, como se tiene peticionado, se declara la disolución del vínculo matrimonial que une al actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, con la demandada señora SYLVIA MIRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, recobrando ambos su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

. . . Atento a lo anterior resuelto como también se reclama, con fundamento en el

artículo 183 del Código Civil, se da por terminada la sociedad conyugal, bajo cuyo régimen celebraron el matrimonio civil las partes, la que en su caso, deberá liquidarse en ejecución de sentencia una vez que se den las bases para ello.

. . . En relación a lo dispuesto por el artículo 267 de la Ley Sustantiva Civil, las partes conservan la patria potestad sobre su menor hija de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, con todas las sumas de derechos y obligaciones inherentes de la misma, principalmente la de darle alimentos.

. . . . Por cuanto hace a la pretensión relativa a las visitas y convivencias que el actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ peticiona para con su menor hija STEFANNY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, de la demandada, tomando en cuenta que el referido actor conserva la patria potestad sobre su menor hija nombrada, por lo que el actor tiene derecho a un acercamiento con su hija, con el fin de que se logre identificación entre ellos y no se le cause ninguna daño emocional a la menor, así como también para que se cumplan con los deberes que impone esa patria potestad, y en el caso, en autos no quedó demostrado que el demandante tenga algún vicio, alguna enfermedad contagiosa o que su conducta ofreciera algún peligro graves para la salud o moralidad de su menor hija, se declara procedente esa pretensión, y por lo tanto, se condena a la demandada señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, permita al actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, visitar y convivir con su menor hija STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, conforme al calendario de visitas y convivencias que se establezca en ejecución de sentencia una vez que se den las bases para ese fin.

. . . 4. Tocantemente a la reconvenición opuesta por la demandada señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, y respecto del divorcio necesario que reclama del actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, tomando en cuenta que la acción principal de divorcio ejercitada por el demandante señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, ha quedado demostrada la misma pretensión peticionada por la demandada ha quedado sin materia, pues al haber quedado disuelto el vínculo matrimonial que unió a las partes, hace que falte el requisito de interés por parte de la reconvenciona, agregándose que si ésta tenía acción para pedir el divorcio, y no lo hizo sino hasta que éste le fue demandado, prosperando la acción principal, su

pretensión resulta inoportuna al no poder alcanzar el objeto de su acción, como así se sostiene en el siguiente Criterio Jurisprudencial: DIVORCIO. DEMOSTRADA LA ACCION PRINCIPAL. LA EJERCITADA EN VIA RECONVENCIONAL DEBE DECLARARSE SIN MATERIA.- Si la acción principal de divorcio ejercitada es demostrada, y la quejosa también ejercitó en vía reconvencional la acción de divorcio apoyada en diversas causales, al determinarse la procedencia de la principal, la declaración sin materia de la reconvencional, no afecta el principio de congruencia que rige en la sentencia, puesto que si esta acción de divorcio fue promovida con posterioridad, carece de materia, porque el vínculo matrimonial, al haber sido disuelto en razón de aquella determinación hace que falte el requisito de interés a que se refiere el artículo 1º de la fracción I del Código de Procedimientos Civiles local, pues aun cuando las causales de divorcio sean autónomas, si la quejosa tenía acción para pedir el divorcio, y no lo hizo hasta que éste le fue demandado, prosperando la acción principal, su pretensión resulta inoportuna al no poder el objeto de su acción, aún suponiendo favorable la sentencia; sin que se advierta desigualdad entre las partes, ni se ocasione perjuicio a uno y otro; debiéndose además, tomar en cuenta en principio general de derecho "prior temore, potior iure" al no existir disposición expresa en la ley.- Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Amparo Directo número 206/96.- Lourdes Andrade Ochoa, veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y seis. Unanimidad de Votos. Ponente. Agustín Romero Montalvo. Secretario.. Darío Moran González; en esas condiciones se declara improcedente la pretensión en estudio, absolviéndose de la misma al contrademandado señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, aunque este se allanó a esa pretensión.

... Respecto a la guarda y custodia de la menor hija de las partes en el juicio STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, que la demandada reconviene del actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, tomando en cuenta que la reconvencional manifiesta tener en su poder a la menor de que se trata, y el contrademandado no presentó objeción alguna a ese respecto, ni tampoco justificó que el vivir la menor a su lado a ésta le resultara más provechoso o que encontrándose la menor al lado de la contrademandante no le permitiera un

desarrollo sano y por lo tanto se encontrara en un estado de inestabilidad en cuanto a su formación moral, educativa, familiar y económica, se declara procedente la pretensión y por lo tanto se concede en forma definitiva la guarda y custodia de la menor hija nombrada a la reconventora señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

... Por cuanto hace al pago de veintiocho meses de pensión alimenticias vencidas y no pagadas por el demandado a razón de doscientos pesos diarios a su favor así como de su menor hija, que la reconventora reclama del actor en el juicio primario, desprendiéndose tanto del escrito de reconvenición como de los autos, que la contrademandante no manifiesta ni acredita que por algún medio legal se haya establecido como pensión alimenticia a su favor como de su menor hija y a cargo del ahora reconvenido la cantidad de doscientos pesos diarios, y que ésta no se haya cubierto desde hace veintiocho meses, por un lado, por el otro que la mencionada reconventora tampoco señaló en su demanda reconvenicional, igualmente no comprobó dentro de la secuela procesal que haya contraído deudas de determinadas personas en cierto tiempo y por las cantidades que ahora reclama y también tomando en consideración que la obligación de cubrir los alimentos tiene necesariamente que nacer a partir de que los mismos son reclamados judicialmente, pues a partir de entonces cuando quede evidenciado que el acreedor alimentista tiene urgencia en recibirlos, y dado que también de las pruebas propuestas citadas por la contrademandante y recibidas en antecedentes, como lo son la testimonial de los C. SILVIA GONZÁLEZ GARCÍA Y JOSE LUIS FRANCISCO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, y la confesional provocada a cargo de el reconvenido señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, a los mismos no se les formuló ninguna pregunta directa o posición tendiente a la demostración de las circunstancias y exigencias expuestas con anterioridad, esto es, que se hubiera establecida una pensión alimenticia a cargo del deudor alimentista por la cantidad que refiere la demandada en el principal o que ésta hubiese adquirido deudas para solventar sus necesidades alimentarias por una cantidad determinada, cuestiones que tampoco se comprueba, con la instrumental de actuaciones y presuncional legal y humana que se llevaron a los autos, y las cuales no son las indicadas para esa demostración, se

declara improcedente esa pretensión y se absuelve de la misma al reconvenido por ser operantes las defensas y excepciones que hizo valer a ese fin.

. . . Por cuanto se refiere al pago de una pensión alimenticia que la reconventora reclama a su favor así como de su menor hija, del actor en el principal, tocante a los alimentos peticionados por la reconventora señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, si bien es verdad que en el caso cuando se disuelve el vínculo matrimonial por la causal prevista por la fracción XVIII del artículo 253 de la Ley Sustantiva Civil, no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, en tratándose de alimentos entre los cónyuges, subsiste la obligación de darle a quien lo necesita si no ha sido declarado culpable del divorcio necesario, para lo cual deberá tomarse en cuenta la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, y en el caso correspondía al deudor alimentista demostrar que la ahora reconventora tuviera la capacidad necesaria para trabajar y obtener lo necesario para su subsistencia, o que su capacidad económica le permitiera cumplir con sus propias obligaciones alimentistas, circunstancias que no demostró el contrademandado, se declara procedente esa pretensión y se le condena a éste al pago de una pensión alimenticia a favor de la demandada en el juicio primario señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ; respecto de los alimentos que se reclaman para la menor hija de las partes de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, ésta con la copia certificada del acta de su matrimonio mencionada y valorada en el considerando segunda de esta resolución, en su carácter de hija del reconvenido señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, acredita el término del artículo 286 de la Ley Sustantiva Civil, ser titular del derecho de pedir y obtener el pago de los alimentos del contrademandado de referencia, y tiene a su favor la presunción de necesitarlos, y en el caso correspondía al deudor alimentista la carga de probar que su acreedora no tiene necesidad de recibir alimentos porque tuviere bienes de su propiedad o percibiera ingresos con los cuales pudiera satisfacer sus necesidades alimentistas, exigencia que incumplió dicho reconvenido, por el contrario al dar contestación a la reconvención manifiesta que acepta esa obligación que le corresponde respecto de los alimentos de su menor hija, por lo tanto también se declara procedente esa pretensión y por lo mismo se condena a

dicho deudor alimentista al pago de una pensión alimenticia a favor de su menor hija ya nombrada, y en virtud de que, en autos no se trajo ningún dato para poder determinar tanto las posibilidades del deudor alimentista como el de las necesidades alimentarias, más aún el reconvenido manifiesta que carece de empleo, situación que no lo releva de esa obligación, será en ejecución de sentencia cuando se determine en forma definitiva el monto de los alimentos una vez que se den los elementos para ello.

. . . Por último, y en lo que hace a la liquidación de la sociedad conyugal que también reclama la reconventora, dado que esta pretensión ha quedado resuelta por haberse también reclamado en el juicio primario, la ahora intentada ha quedado sin materia, y por lo tanto se declara improcedente ésta y se absuelve de ella al reconvenido.

. . . Una vez cause ejecutoria esta resolución, con los insertos necesarios gírese atento oficio al Ciudadano Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio de las partes para que de cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 274 del Código Civil vigente en la Entidad.

. . . No dándose los casos previstos por el artículo 241 de la Ley Adjetiva Civil, no se hace condenación en costas procesales y se levantan las medidas provisionales.

. . . POR LO ANTERIOR EXPUESTO Y CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 183, 252, 253 FRACCIÓN XVIII, 262, 267, 270, 272, 274, 286, 291, 294, 394 Y 395 DEL CÓDIGO CIVIL, 203, FRACCION III, 204, 206, 209, 210, 211, 214, 220 Y 224 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, SE:

. R E S U E L V E

. . . PRIMERO.- Fue procedente la vía Ordinaria Civil promovida por el señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, en contra de la señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, y en la que el actor probó sus pretensiones reclamadas, y operaron parcialmente las defensas y excepciones del actor, y la demandada no probó las defensas y excepciones hechas valer a las acciones principales y demostró parcialmente sus pretensiones peticiones al oponer reconvenición, por lo tanto.

. . . SEGUNDO. Se declara la disolución del vínculo matrimonial que une al actor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, con la demandada señora SYLVIA MYRNA

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, cobrando ambos su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

. . . TERCERO.- Se da por terminada la sociedad conyugal bajo cuyo régimen celebraron bajo matrimonio civil las partes, la que en su caso deberá liquidarse en ejecución de sentencia cuando se den las bases para ello.

. . . CUARTO. Se condena a la demandada señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, permita al actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, visitar y convivir con su menor hija de nombre STEFANNY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, bajo el calendario de visitas y convivencias que se establezca en ejecución de sentencia una vez que se den los elementos para ello.

. . . QUINTO. Se absuelve al actor señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, de las pretensiones relativas al divorcio necesario, la del pago de veintiocho meses de pensiones alimenticias a razón de doscientos pesos diarios, y la de, liquidación de la sociedad conyugal que le fueran peticionadas por la demandada señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, al oponer reconvencción.

. . . SEXTO.- Se concede a la demandada y reconvencora señora SYLVIA MYRNA RODRIGUEZ GONZÁLEZ, en forma definitiva la guarda y custodia de su menor hija de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ.

. . . SEPTIMO.- Se condena al actor reconvenido señor OSCAR MONTENEGRO MARTÍNEZ, al pago de una pensión alimenticia a favor de la demandada y reconvencora señora SYLVIA MYRNA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, y de su menor hija de nombre STEFFANY ANAHID MONTENEGRO RODRÍGUEZ, misma que deberá determinarse en forma definitiva en ejecución de sentencia, una vez que se den las bases para ello.

. . . OCTAVO.- Una vez que cause ejecutoria la presente resolución, con los insertos necesarios gírese atento oficio al Ciudadano Oficial del Registro Civil ante quien celebraron el matrimonio las partes, para que de cumplimiento al artículo 274 del Código Civil vigente en la entidad.

. . . NOVENO. No se hace condenación en costas procesales.

. . . DÉCIMO. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE.

. . . ASÍ, LO RESOLVIÓ Y FIRMA EL LICENCIADO BULMARO DÍAZ SERRANO, JUEZ

SEGUNDO DE LO FAMILIAR DE TLALNEPANTLA, ESTADO DE MÉXICO, QUE ACTUA EN FORMA LEGAL CON SECRETARIO DE ACUERDOS QUE DA FE. DOY FE.

JUEZ.

SECRETARIO.

Como se deduce de los puntos resolutivos, se ha dictado un mandamiento judicial que asigna la custodia de la menor habida en matrimonio a la madre y se le condena a permitir la convivencia del Padre con la menor.

4.5.2. Progenitores Concubinos o que viven en Unión Libre.

Si los Progenitores no estaban casados, simplemente se da la separación entre ellos y la custodia queda fictamente en poder de uno de ellos, corresponderá al padre que no tenga la custodia, solicitar al Juez familiar un régimen de visitas, en el supuesto de que no se le permita la convivencia con sus menores hijos. Asimismo y en caso de que el padre nunca haya vivido con la madre, sin embargo y por virtud de haber reconocido como su hijo ante el oficial del registro Civil al menor, ejerce la patria potestad sobre éste, por lo que podrá solicitar también la convivencia con el citado menor.

Lo anterior tiene como base el criterio de la Testis número 22, Visible a Fojas 188, de la Compilación de Jurisprudencias y Ejecutoria Importantes en Materia de Familiar de los años 1917-1988, Tomo IV, de ROGELIO ALFREDO RUIZ LUGO Y JORGE GUILLEN MANDUJANO, bajo el Rubro: PATRIA POTESTAD. LIMITE EN SU EJERCICIO, CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). - Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones

inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico y moral de dicho menor. El padre por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsista.

El Juez finalmente y de acuerdo a los elementos de prueba que le ofrezcan las partes, podría decretar el derecho a visitar y convivir con el menor, sin intervenir en sus actividades escolares y previniendo al progenitor para que no se oponga a la convivencia, constituyendo éste el mandamiento.

4.5.3. Asignación de La Patria Potestad a un Tercero.

La asignación de la custodia a un tercero puede darse en casos de beneficio para el menor, como sostiene el Magistrado Manuel Bejarano y Sánchez, quien expone en su libro denominado LA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR TESIS DISCREPANTES, transcribiendo textualmente la ejecutoria que dice:

“ PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERÉS DEL MENOR LO HACE NECESARIO.- La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En este complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener

consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de la patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor a la familia y a la sociedad.

En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el Juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución particular. (Código del Menor para el Estado de Guerrero, Título tercero, Capítulo II, Artículo 46). El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 dispone: La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio que da sujeto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre Previsión Social en el Estado.

El menor es un sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad de menor, se lleva al cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de las que dejan huella visible para la

percepción del ojo, pero si para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibrados de las fuerzas, zona delicada en la preservación de los derechos humanos. A ocuparse del mundo entero de la niñez y de la adolescencia podrá adquirir cuerpo la presente pretensión poética: "Que todos los niños sean como hijos de todos los hombres".

En consecuencia, en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten en acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce."²⁹

El juez mediante una resolución, podría en este caso otorgar la custodia a la abuela, quien no es titular de ese derecho, sin embargo y por la conveniencia del menor, el Juez decretaría este mandato judicial, correspondiendo a los progenitores o padres del menor, solicitar al Juez Familiar un régimen de visitas.

4.6. Procedencia de La Suspensión de La Patria Potestad al Progenitor que Transgreda El Mandamiento Judicial que ha Otorgado La Custodia al Otro Progenitor.

Cuando se dan los casos anteriores en lo que por virtud de un mandamiento judicial, se ha dividido el derecho de la patria potestad y se ha asignado la custodia a uno solo de los dos progenitores, o incluso a un tercero, se debe entender que se han observado las circunstancias más convenientes en las que los sujetos a la patria potestad podrán tener un óptimo desarrollo tanto físico como emocional, o bien, en el caso del

²⁹ Amparo Directo 5725/86, 14 de Mayo de 1987, mayoría de tres votos contra dos. Informe de la tercera sala 1987.

divorcio por mutuo consentimiento, se ha acordado que el desenvolvimiento de los menores será óptimo al lado de determinado progenitor.

El desarrollo óptimo que un menor debe tener, tiene que darse en un domicilio determinado y estable, la asistencia a una escuela, la convivencia con vecinos y amigos del lugar en el que se ha venido dando la guarda, no podría llevarse a cabo si no se da la continuidad de convivencia y residencia del menor en la residencia establecida. En tal virtud, resulta procedente suspender el derecho de la patria potestad al progenitor que no reintegre al menor al domicilio que legalmente ha sido designado para su custodia.

La suspensión a que hacemos referencia, tendrá por objeto el recuperar inmediatamente la custodia y reintegrar en el menor tiempo posible al menor a sus antiguas actividades y por supuesto evitar que el padre que ha violado el mandato judicial, pueda iniciar un juicio para obtener la custodia misma que ya le fue negada o bien en la que ha convenido se haya otorgado al otro progenitor y aprobada judicialmente por un Juez de lo familiar, pudiendo argumentar que hasta el momento no existe una determinación judicial que limite o restrinja el ejercicio de la patria potestad respecto de sus menores.

En este trabajo la propuesta es solamente la suspensión de la patria potestad, dado que en el Estado de México es muy difícil acreditar la pérdida de la patria potestad, además de que según la experiencia profesional, los jueces están más dispuestos a conceder la suspensión, pues consideran la pérdida como una medida muy rigorista tomando en consideración los elementos que encierra esta figura y que tienen por objeto el desarrollo de los menores para su posterior integración a la sociedad. Aunado a lo anterior transcribo **La Jurisprudencia 308, consultable a fojas 207, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, años 1917-1995, Tomo IV,**

Materia Civil, bajo el rubro: "PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA 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 e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación".

La suspensión por los motivos planteados, puede incluso ser la pauta para tramitar la reintegración del menor a su antiguo domicilio, ante autoridades extranjeras, cuando el cónyuge transgresor haya huido a otro país con el menor sujeto a la patria potestad, haciendo ver a estas autoridades que se ha violentado la determinación de un juez familiar y que es lo más saludable para el menor, que vuelva a su antigua residencia.

Asimismo y para aquellos casos en que se prevea una posible violación al mandato del que hemos venido hablando, se propone en el Estado de México, la creación de una Casa de Convivencia Familiar, como la que actualmente ya funciona en el Distrito Federal y que es administrada y controlada por el Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, consecuentemente la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, ordenándose la creación de esta casa en la que los padres puedan convivir con sus menores hijos, sin el temor de que sean sustraídos del domicilio asignado para la custodia, evitando con ello las reiteradas violaciones a los mandatos judiciales que asignan la custodia y como consecuencia prevenir el sufrimiento de madres que ven con tristeza como los padres varones, se valen del derecho que les da la patria potestad, haciendo mal uso de él y pasando continua y reiteradamente sobre las multitudadas órdenes judiciales, dejando en muchas ocasiones en estado de indefensión a desesperadas madres que se encuentran de un momento a otro, despojadas de sus menores hijos.

El aspecto penal que puede implicar la sustracción de un menor por alguno de sus progenitores, no es considerado en este trabajo, toda vez que lo que debe prevalecer en una familia, es la armonía y justa convivencia entre sus integrantes, cosa que sería imposible si se imputan a uno de los padres, hechos delictuosos, por ello es más conveniente restituir en el derecho al ascendiente que ha sido privado de la guarda y suspender al otro de la Patria Potestad, sin crear mas enemistad como podría generarse con una denuncia penal.

Finalmente, debemos tomar en consideración aquellos casos en los que, por la edad del menor, debe ser oído por el Juez, en presencia del Ministerio Público, en cuyo caso y en general, deberán tomarse en cuenta algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Ciudad de Nueva York, N. Y., el día veinte del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día Viernes 25 de enero de mil novecientos noventa y uno, como son:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante al ley y , con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal

petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 11.

1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño; en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

CONCLUSIONES

A través del presente trabajo de tesis se puede observar varias etapas por las que ha pasado la Patria Potestad, pues ésta obtiene su nombre en la civilización romana, aunque no es exclusiva del derecho romano, pues ya pueblos como el germano, los galos, cristianos, etc., tienen antecedentes de esta figura sin llamarla patria potestad, sin embargo la figura en la Roma de aquella época es radicalmente opuesta al sentido que nuestros días otorgamos, ello principalmente porque en roma suponía una autoridad ilimitada del Pater Familias al poner al hijo muchas veces en calidad de esclavo; en cambio hoy día nos significa una serie de obligaciones para los titulares de esta figura, que tienen el fin primordial de educar adecuadamente a los menores y contribuir a su desarrollo integral para su incorporación posterior a la sociedad en la cual nos desarrollamos, otorgando para ello a los padres ciertos derechos como el de corrección, sin atentar contra la integridad física de los menores, pero siempre encaminados a cumplir con los fines citados.

Ahora bien, a pesar de la diferencia que existe en la actualidad de la patria potestad con la que se dio en el pueblo romano en donde la madre no podía ejercer la patria potestad, la influencia romana en nuestro derecho, especialmente en lo referente a la patria potestad, tiene un ejemplo claro en los peculios, éstos constituían los bienes que por la naturaleza de su adquisición estaban bajo el control del sometido a la patria potestad. En la mayoría de las legislaciones civiles actuales se estipula que los bienes que adquieren los hijos por su trabajo estarán bajo su entera administración y los adquiridos por cualquier otro medio que son administrados por los padres.

La patria potestad es una **Institución**, cuya fuente esencial es la filiación misma que trae como consecuencia el parentesco y la familia; por ello el ideal es que se dé la

procreación en el seno del matrimonio con la intención de promover todos los valores necesarios a los menores, de los cuales nuestra sociedad está quedando cada vez más ausente.

El atributo más importante de los que concede la patria potestad a sus titulares, es la custodia de los menores, por ello revistió una importancia especial su estudio en este trabajo, en el que se pudo observar a quién corresponde ejercer la custodia y observar que la misma se puede encomendar incluso a personas diversas de los padres, si a los intereses del menor conviene.

Decretar la suspensión de la patria potestad al padre que violenta el mandato judicial (Padre rebelde) que ha otorgado el derecho de guarda al otro padre (Padre ofendido), es totalmente acertado pues con ello se evitará violentar en lo futuro esta determinación, reintegrar al menor a sus anteriores costumbres de vida y lugares de convivencia y alentar con ello su normal desarrollo tanto físico como emocional y asimismo tramitar esta incorporación ante autoridades tanto en el territorio nacional como en el extranjero, teniendo en mano la resolución que suspendido la patria potestad.

Al respecto es conveniente mencionar que actualmente en la Internet ofrecen servicios de localización de menores que han sido sustraídos de su custodia original y entre algunos requisitos se solicita la declaratoria de que efectivamente se tiene la guarda judicial del menor buscado, para que una vez localizado, sea tramitado su regreso a país y al padre que ha solicitado este servicio; una de estas direcciones entre otras que deben existir y que tiene sus operaciones en Los Ángeles California es www.factfind.com, y que ofrece servicios de búsqueda de este tipo de personas extendiendo sus servicios a agencias legales, militares, reglamentarias a nivel gubernamental, estatal y federal.

Proponer únicamente la suspensión de la patria potestad, por las causas indicadas en el párrafo anterior, es razonable, porque los Jueces Familiares en el Estado de México, consideran una medida muy rigorista el decretar la pérdida de la patria potestad y están más dispuestos a decretar una suspensión a una pérdida total del derecho, aunque como es sabido, las resoluciones en materia de familia no son definitivas. En el caso concreto porque pueden cambiar las circunstancias entre quien detenta la custodia y quien se le ha suspendido este derecho, pues por ejemplo, el padre ofendido podría volverse alcohólico y el padre rebelde llevar una vida con mas decoro, razones éstas que darían la acción pertinente al padre rebelde de intentar recuperar la patria potestad de los menores esto tiene su apoyo legal en el artículo 223 del Código Adjetivo Civil para el Estado de México que estatuye que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alientos ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Como vimos, al hacer el comparativo de Códigos Civiles entre el Estado de México y el Distrito Federal en el capítulo III, es inaplazable la adecuación de la legislación civil referente a la patria potestad en el Estado de México a la realidad que en este aspecto vive la población. Una reforma a los artículos de la patria potestad en el código de la entidad mexiquense, como la que tuvo verificativo en la capital de México el veinticinco de mayo del año dos mil, sería conveniente para regular óptimamente la custodia de los menores así como el régimen de visitas de quienes tienen derecho a éstas.

Una convivencia más segura entre los padres que no tienen la custodia de sus hijos y que se tiene el temor de que pretendan conseguirla por medios no legales, se podría llevar a cabo en el Estado de México en una inmueble destinado para tal efecto por el

juzgado de lo familiar, casa que en la actualidad no opera en este estado de la federación, pero sí en el Distrito Federal, por lo que es urgente su creación y regulación por parte del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de México, previas las reformas pertinentes a la ley orgánica de este tribunal.

Finalmente y respecto a las reformas propuestas en relación a la patria potestad y que consistirían en homologar los artículos del Estado de México a sus Correlativos en el Código Civil que rige en el Distrito Federal, el artículo 429 del Código Civil en el Estado de México, debería quedar en los siguientes términos;

429. – La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;

IV.- Cuando el progenitor que tiene derecho a un régimen de visitas respecto de algún menor del que no se tiene la custodia, violente el mandato judicial que ha otorgado la guarda al otro titular de la patria potestad, al no reintegrarlo al domicilio como haya quedado establecido, siempre que se compruebe que esta falta cause perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

V.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

BIBLIOGRAFÍA

→ Legislaciones.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. SISTA.
- Código Civil para el Distrito Federal. Ed. SISTA.
- Código Civil para el Estado de México. Ed. Cajica.
- IUS 2000 Jurisprudencias y Tesis Aisladas 1917-2000, Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación.

→ Bibliografía.

- BELLUSCIO, Augusto César, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Argentina, Quinta Edición, Ed. De Palma, 1978, 625 p. p.
- BONET, Ramón Francisco, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, México, Ed. Porrúa, 1992, 595 p. p.
- BUSSO, Eduardo C., CÓDIGO CIVIL ANOTADO, t. II-2, 1993. 530 p. p.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURÍDICO FAMILIARES, México, Ed. Porrúa, 1990, 398 p. p.

- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, México, Ed. Porrúa, 1987, 367 p. p.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo, PATRIA POTESTAD, Argentina, Ed. Astrea, 1979, 475 p. p.
- DE IBARROLA, Antonio, DERECHO DE FAMILIA, México, Cuarta edición, Ed. Porrúa, 1993, 476 p. p.
- DE PINA, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, México, Catorceava edición, Ed. Porrúa, 1994, 457 p. p.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo, CEL DERECHO PRIVADO ROMANO COMO INTRODUCCIÓN A LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORANEA, México, Ed. Porrúa, 1989, 568 p. p.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, DERECHO CIVIL, México, Dieciseisava edición, Ed. Porrúa, 1997, 874 p. p.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, CÓDIGOS Y ESTUDIOS FUNDAMENTALES SOBRE EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL, España, Sexta edición, Ed. Bosch, 1986, 720 p. p.
- PLANIOL, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, 156 p. p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO II DERECHO DE FAMILIA, México, Sexta edición, Ed. Porrúa, 1987, 598 P. P.

- THEODOR KIPP f. Y WOLF Martín, DERECHO DE FAMILIA, Traducción de la 26ª edición alemana (sexta revisión) estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y CASTÁN TOBEÑAS José, Volúmen II RELACIONES PATERNO FILIALES Y PATERNALES, 2ª Edición, Ed. Casa Edisa, Barcelona, 1965, 115 p.p.

- VENTURA SILVA, Sabino, DERECHO ROMANO, México, Ed. Porrúa, 1990, 325 P. P.

- ZANNONI, Eduardo A., DERECHO CIVIL- DERECHO DE FAMILIA, t.II, 2ª edición, Argentina, Ed. Astrea, 1993, 440 p. p.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 8ª edición, Ed. Porrúa, 1995. 4500 p. p.