

327



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA GENERAL Y JURÍDICA

**IMPACTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LAS
REFORMAS AL ARTICULO. 414 DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL.**

2099412

T E S I S :
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSUE JAVIER GOMEZ ABRACH

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

DR. FRANCISCO JAVIER BRAVO RAMÍREZ





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA

No. L/60/01

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El pasante de la licenciatura en Derecho JOSUE JAVIER GOMEZ ABRACH, solicitó inscripción en este H. Seminario a mi cargo y registró el Tema intitulado:

“IMPACTO SOCIAL Y JURIDICO DE LAS REFORMAS AL ARTICULO 414 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”, asignándose como asesor de la tesis al DR. FRANCISCO JAVIER BRAVO RAMIREZ.

Al haber llegado a su fin dicho trabajo, después, de revisarlo su asesor; lo envió con la respectiva carta de terminación considerando que reúne los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales.

Apoyado en este y otro Dictamen, firmado por el Profesor Revisor LIC. ARTURO HERNANDEZ BATA, en mi carácter de Director del Seminario, tengo a bien autorizar su IMPRESIÓN, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Examen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes contados de día a día aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

Le envió un cordial Saludo.

ATENTAMENTE.
“POR MI RAZA HABLARÉ CON ESPERITU”
CD. Universitaria D.F., a 29 de agosto de 2001.



MTRO. JORGE ISLAS LOPEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
SOCIOLOGIA GENERAL Y JURIDICA
CIUDAD UNIVERSITARIA

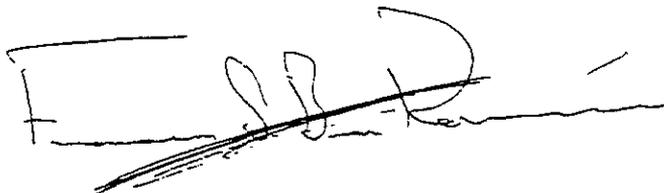
CIUDAD UNIVERSITARIA, 16 DE AGOSTO 2001.

C. LIC. JORGE ISLAS LÓPEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA
DE LA FACULTAD DE DERECHO.
P R E S E N T E

Por este medio, le informo que he dirigido al c. Josué Javier Gómez Abrach, con número de cuenta 8056468-1, la tesis titulada "IMPACTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.". Realizadas las correcciones que consideré necesarias, me permito ponerla a su consideración, y de juzgarlo procedente, autorizar su impresión.

Me permito señalar que ese trabajo reúne los requisitos exigidos por la legislación universitaria vigente.

ATENTAMENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Francisco Javier Bravo Ramírez", written over a horizontal line.

DOCTOR FRANCISCO JAVIER BRAVO RAMÍREZ

**“IMPACTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO
414 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”**

ÍNDICE

| | PÁG. |
|--------------------|------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |

CAPÍTULO 1

| | |
|---|----|
| 1.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA SOCIAL DE LA PATRIA POTESTAD..... | 4 |
| 1.2.- ELEMENTOS SOCIALES QUE LA INTEGRAN..... | 8 |
| 1.3.- SUJETOS QUE INTERVIENEN..... | 12 |
| 1.4.- EFECTOS DE SU EJERCICIO ANTE LA SOCIEDAD | 14 |
| 1.5.- SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN..... | 19 |

CAPÍTULO 2

| | |
|--|----|
| 2.1.- ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO EN LA SOCIEDAD..... | 25 |
| A.- RESPECTO DEL PADRE Y LA MADRE..... | 37 |
| B.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO..... | 50 |
| C.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO..... | 54 |
| 2.2. DESIGUALDAD SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS ARTÍCULOS 414 Y 418 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ANTES DE LAS REFORMAS DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1997. | 56 |

CAPÍTULO 3

| | |
|---|----|
| 3.1.- EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE..... | 58 |
| A.- RESPECTO DEL PADRE Y LA MADRE .. | 59 |
| B.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO | 67 |
| C.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO..... | 69 |
| 3.2 .- IGUALDAD SOCIAL DERIVADA DEL ARTÍCULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL..... | 72 |

CAPÍTULO 4

| | |
|--|-----|
| 4.1.- IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO..... | 73 |
| 4.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL..... | 78 |
| 4.3.- EN LA SOCIEDAD..... | 81 |
| 4.4 - EN LA JURISPRUDENCIA..... | 82 |
| 4.5.- SUGERENCIAS PARA LA RECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL .. | 91 |
| CONCLUSIONES. | 102 |
| BIBLIOGRAFÍA ... | 104 |
| LEGISLACIÓN..... | 106 |

INTRODUCCIÓN

Resulta inadmisibles que en la actualidad aún existan desigualdades sociales y jurídicas entre el hombre y la mujer, no obstante que se lucha por lograr una verdadera equidad, aún falta mucho por hacer, pues esas desigualdades existen desde épocas muy remotas en nuestro país

Este trabajo pretende resaltar la gran labor del legislador al reformar el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo contenido se refiere a quienes pueden ejercer la patria potestad sobre los menores de edad. Esa reforma colocó en igualdad de condiciones los derechos de las mujeres casadas y sus hijos ante sus cónyuges, es por ello que resulta trascendente advertir con claridad el verdadero impacto social y jurídico que produjo en nuestra sociedad civil.

Debe recordarse que antes de la reforma del 30 de diciembre del año de 1997, el precitado artículo 414 del Código Civil, bajo un criterio muy rígido, señalaba quienes podían ejercer la institución de la patria potestad sobre los hijos nacidos en matrimonio. Los primeros en ejercerla eran y siguen siendo los padres, entre quienes existe el derecho al ejercicio conjunto de esa institución, a falta de los progenitores, en estricto orden, serían los abuelos paternos y a falta de ellos, los maternos.

El anterior dispositivo legal a todas luces denotaba una discriminación social y jurídica entre hombre y mujer unidos en matrimonio y sus menores hijos, ya que daba preferencia a los ascendientes del primero, soslayando la capacidad moral y económica de los abuelos maternos que podía ser mejor que la de los paternos. Por lo tanto, la mujer casada y sus menores hijos se encontraban en una situación de desventaja ante el varón.

Bajo una reflexión diferente al precitado artículo 414, el anterior numeral 418 del mismo cuerpo de leyes establecía, con aparente liberalidad, que a falta de los

padres la patria potestad sobre los hijos se ejercería por los demás ascendientes citados en el ya referido artículo 414, esto es, a los abuelos paternos o maternos, y que el juez de lo familiar determinaría el orden en que se ejercería, tomando en cuenta las reales circunstancias de cada caso. De lo expuesto, se puede pensar que el artículo 418, por su flexibilidad, resultaba ser más justo y objetivo que el diverso 414, pues en aquél no existía el orden de prelación que aplicaba éste último, ya que un juez decidiría cuales de los abuelos, paternos o maternos, tendría más capacidad y solvencia, tanto moral como económica, para el buen desarrollo educacional de los menores sujetos a la patria potestad.

Desafortunadamente, esa flexibilidad que el artículo 418 otorgaba al juzgador para elegir, a falta de los padres, quienes de los ascendientes serían los más aptos para ejercitar la patria potestad sobre los hijos, no devenía de una sana preocupación del legislador por su futuro.

Por el contrario, tal postura legal se fundaba en cuestiones de falsa moral y prejuicios sociales, pues a la sociedad poco interesaba una mujer con hijos habidos fuera de matrimonio. Por lo que sí socialmente no eran bien vistos una madre soltera y sus hijos, resulta evidente que mucho menos importaba quien ejercería la patria potestad en lugar de los progenitores.

No obstante que ese dispositivo legal denotaba un rechazo social contra la mujer y sus hijos nacidos fuera del matrimonio al pretender colocarlos en un nivel de inferioridad ante el varón, el legislador, sin percatarse, tutelaba los derechos de la mujer y sus hijos de una manera más proteccionista al dejarlos en un plano de equidad ante el hombre.

Por tal motivo, los hijos nacidos fuera de matrimonio y su madre, se encontraban legalmente mejor protegidos que la mujer casada y sus hijos.

Actualmente, las cosas son distintas y precisamente éste es el tema de tesis: advertir cuál es el impacto social y jurídico de las reformas al artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, pues ahora será un juez de lo familiar el que decida de entre los abuelos paternos y maternos cuales son los más aptos para ejercer la patria potestad sobre los hijos, sin importar si fueron o no concebidos en matrimonio.

Esas reformas otorgan mayor igualdad a la mujer en sus derechos sociales y jurídicos. A la casada, porque ya no temerá que a falta de ella y del padre, sus hijos, draconianamente, queden bajo los cuidados de los abuelos paternos, quienes, como se dijo en párrafo anterior, en muchas ocasiones no reúnen las cualidades de moralidad y seguridad que requieren los menores de edad para ser educados. Y a la no casada, porque esa discriminación y repudio social de la que fue víctima junto con sus hijos durante muchos años, desaparece del contexto legal por aceptación de nuestra propia sociedad.

CAPÍTULO 1

1.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA SOCIAL DE LA PATRIA POTESTAD.

Concepto Social

La figura de la patria potestad se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, en el Libro Primero, Título Octavo y comprende tres capítulos que contienen los artículos del 411 al 448. Los diversos 415 y 446 fueron derogados en pasadas reformas

Desdichadamente el Código Civil sigue siendo omiso en dar una definición de lo que debe entenderse por patria potestad, por lo que resulta necesario acudir a la doctrina, así como a diversos autores para encontrarla

Por principio, resulta conveniente citar lo expresado por Justiniano en sus Institutas:

"In potestad nostras sunt nostri, quos ex justis precreavimus" (están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos en justas nupcias).¹

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, conceptualiza la patria potestad así:

"Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con la obligación que tienen para con sus descendientes".²

¹ MAGALLÓN IBARRA, JORGE *INSTRUCCIONES DE DERECHO CIVIL* TOMO III PRIMERA EDICION EDITORIAL PORRUA MEXICO PAG 513

² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS EDITORIAL PORRUA PAG 2553

José María Álvarez, la define así:

*"Aqueella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados"*³

No obstante que esta definición fue dada en el año de 1827, en la época actual no ha variado gran cosa, lo que se demuestra con los criterios sustentados por diversos estudiosos del derecho:

El jurista Ignacio Galindo Garfias expresa

"Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad".⁴

Alberto Pacheco define la patria potestad como

*"El conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación de criarlos y educarlos"*⁵

El profesor Rafael De Pina, considera a la patria potestad

*"Como el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria"*⁶

Si bien es cierto que las definiciones de los citados autores sobre la patria potestad no son iguales, en esencia existen concordancias al establecer que la

³ ALVAREZ, JOSE MARIA "INSTITUCION DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y LEON" MEXICO UNAM 1982

⁴ GALINDO GARFIAS, IGNACIO "DERECHO CIVIL" SEGUNDA EDICION EDITORIAL PORRUUA S.A MEXICO 1976

⁵ PACHECO L. ALBERTO "LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO" EDITORIAL PANORAMA PRIMERA EDICION MEXICO 1985 PAG 145

⁶ DE PINA VARA RAFAEL "EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO" EDITORIAL PORRUUA S.A PRIMERA EDICION MEXICO 1985 PAG 145

patria potestad es un derecho y una obligación que se ejerce por los padres o demás ascendientes para educar, alimentar, administrar bienes y representar a los menores no emancipados.

Finalmente, considero que la patria potestad es una institución que regula las obligaciones naturales y los derechos que tienen los padres respecto de la persona y los bienes de sus menores hijos no emancipados, para criarlos, educarlos, representarlos y administrar sus bienes mientras dure su minoría de edad

La importancia social de la figura de la patria potestad nace de la propia integración de nuestra sociedad civil. En efecto, si partimos del hecho que el núcleo de la sociedad es la formación de la familia por la unión de hombre y mujer, es evidente que los derechos y obligaciones que emanan de esa unión para con los hijos, es precisamente la institución de la patria potestad. Tan es así, que sólo los padres y los ascendientes en segundo grado pueden ejercer ese derecho.

Naturaleza Social

La naturaleza social de la familia, ya sea que se forme por la institución del matrimonio o por unión libre, es de orden público, en razón de que el interés que en ella se tutela no es el particular o individual de quienes la forman, sino un interés muy superior que es precisamente la integración de sus miembros que la conforman, ya que es la célula de la sociedad; de lo que deviene claramente que la naturaleza de la familia no es sólo de orden y trascendencia social, sino primordial, pues la sociedad está interesada en que se mantenga unida, perdurable. Por lo tanto, si la familia es el basamento de nuestra sociedad, el que aquélla se llegue a formar con o sin matrimonio civil, en esta época debe ser irrelevante

Por su parte, la doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza social de la patria potestad. Mientras algunos autores la han definido como una potestad, otros la tratan como una facultad, y algunos más la describen como una institución

La última postura es la más aceptable, pues no puede seguir considerándose a la patria potestad como un poder absoluto de los padres para decidir sobre el destino de sus descendientes. Incluso, potestad sobre la vida o la muerte de los hijos tal y como acontecía en las antiguas sociedades romanas y germánicas.

Tampoco puede considerarse como una facultad absoluta y sin límites, más bien ésta unida a una potestad mesurada sobre los hijos, es lo que da origen a la institución; sobretodo, si se toma en cuenta que lo que busca la sociedad es la integración de la familia y a través de ésta la perpetuación de la especie humana

Es, pues, la patria potestad un conjunto de deberes y atribuciones otorgados a los padres en beneficio de los hijos, los que se traducen en su debida alimentación y educación, con facultades encaminadas a corregirlos; por lo que resulta plenamente aceptable la definición que propone Edgar Baqueiro Rojas:

*"La patria potestad se considera como un poder concedido a los padres como medio de cumplir con sus deberes, respecto de la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo."*⁷

Por todo lo anterior, se puede considerar que la naturaleza social de la patria potestad se origina en la filiación, es decir, en la relación padres-hijos, o ascendientes-descendientes. Y es gracias a la magnitud de su naturaleza social que se le atribuye la calidad de una verdadera institución, cuyo objetivo principal se centra en el beneficio y protección de los menores no emancipados.

⁷ BAQUILRO ROJAS EDGAR. *DIRECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES*. COLECCION DE TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS EDITORIAL HARLA MEXICO 1990. PAG 227

Al respecto, resulta importante advertir lo que establecen los artículos 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se dispone que las personas que ejercen la patria potestad tiene obligación de educar convenientemente a los menores sujetos a ella, y de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo, teniendo la facultad de corregirlos cuanto sea necesario. Estas obligaciones y facultades son limitadas, ya que no implican el maltrato a los menores, ya sea físico o mental. El Ministerio Público y el Juez de lo Familiar deben vigilar el exacto cumplimiento del ejercicio derivado de la patria potestad, conforme a sus atribuciones legales.

1.2. - ELEMENTOS SOCIALES QUE LA INTEGRAN.

La institución de la patria potestad resulta ser una amalgama de diversos elementos consubstanciales, sin los cuales o a falta de uno de ellos, no podría existir, y son:

- I) Cargo de interés público.
- II) Irrenunciable
- III) Intransferible.
- IV) Imprescriptible.
- V) Temporal
- VI) Excusable.

I) Cargo de interés público.- Los integrantes del reino animal, por regla general, nacen y desarrollan como primer instinto el de conservación. Salvo raras excepciones, los padres protegen y velan por el interés y seguridad de su prole, asumiendo diversas responsabilidades en su bienestar. La especie humana no es la excepción, ya que ese primer instinto de conservación se observa inicialmente en la madre desde que lleva en el vientre a su hijo. Instinto de conservación que se traduce en el derecho a la vida, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana.

Así, la sociedad transforma ese derecho natural en un derecho jurídico, recogiendo los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos, la protección de los desvalidos y los eleva a conductas de interés público, siendo la patria potestad la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos mientras estos no alcance la edad jurídica señalada por la ley (18 años), o bien no se emancipen en virtud del matrimonio.

De tal suerte, que el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se consideran de interés público, además de establecerlo así la ley.

II) Irrenunciable.- Como consecuencia de lo expuesto en el inciso anterior, y de conformidad con el artículo 448 del Código Civil Vigente, la patria potestad es un cargo irrenunciable, pues de acuerdo al artículo 6o. del Código en cita, sólo los derechos privados que no afecten el interés público son renunciables, y como la patria potestad tiene una connotación de interés público, se desprende la irrenunciabilidad de su ejercicio, lo que implica el cumplimiento obligatorio de la responsabilidad que asumen los padres al engendrar y concebir un hijo.

En ese sentido, la madre tiene una responsabilidad inobjetable, pues la filiación (que es el origen de la patria potestad), se desprende por el simple hecho del parto; no así la filiación del padre, que solamente se presume y se le adjudica en caso de estar casado con la madre, pues de lo contrario sólo un reconocimiento voluntario establece la filiación y como consecuencia de ello el ejercicio de la patria potestad, no pudiendo, una vez reconocido el hijo, renunciar a ese derecho-obligación

No obstante que por ninguna razón se puede renunciar a la patria potestad, la propia ley prevé la procedencia de dos excusas bajo ciertos supuestos que más adelante se precisarán

III) Intransferible - Por regla general, casi todas las relaciones de carácter familiar son de orden personalísimo, y por lo tanto no pueden ser objeto de transacción alguna.

En el caso de los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad no pueden ser objeto de relaciones comerciales; es decir, no pueden transferirse bajo ningún título, ya sea gratuito u oneroso, con excepción hecha en la adopción que actualmente también es irrenunciable. Sin embargo, no siempre los progenitores ejercen la patria potestad sobre sus hijos, pues pueden ser sentenciados por un juez a la pérdida o suspensión de ese ejercicio, o bien, pueden llegar a faltar, y en cualquier caso los derechos y obligaciones que derivan de ese ejercicio recaerán, actualmente en los abuelos paternos o maternos, según lo determine un juez de lo familiar de acuerdo a las reales circunstancias del caso que conozca. Antes de las reformas al artículo 414, sólo debía considerarse la circunstancia de si se trataba de hijos habidos dentro o fuera de matrimonio.

Es aquí precisamente donde encuentra sustento esta tesis, ya que anteriormente el Código Civil establecía que en caso de que el menor fuera hijo de matrimonio, entonces quienes primero tendrían el derecho de ejercer la patria potestad serían los abuelos paternos y en segundo lugar los maternos. Para el caso de que los padres no fueran casados, sería un Juez de lo Familiar quien decidiría de entre los abuelos, paternos o maternos, cuales de ellos ejercerían ese derecho sobre los hijos.

IV) Imprescriptible - La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción, el hombre la adquiere por engendrar y la mujer por concebir.

Para los progenitores se extingue ya sea por sentencia, por muerte del menor o bien porque éste haya alcanzado la mayoría de edad o se hubiese emancipado. De tal forma, que quienes están obligados a desempeñarla y no lo hacen por cierto tiempo, no implica que por ese hecho pierdan su obligación o su derecho para ejercerla. Tan es así, que quien es condenado a la pérdida de la patria potestad, le subsisten las obligaciones económicas para con su prole. Ni siquiera aquella persona que sin ser padre, madre o cualquier otro ascendiente, llegare a proteger, cuidar, alimentar, educar o representar de hecho a un menor, adquiere, por el mero transcurso del tiempo esa potestad, pues sólo

corresponde su ejercicio a quienes la ley faculta, y son precisamente los padres y los abuelos, en ese orden, y, desde luego, los que lleguen a adoptar a un menor

V) Temporal.- El ejercicio de la patria potestad es temporal, sólo dura como máximo 18 años. Término que se inicia desde que nace un ser humano y hasta que cumple su mayor edad. En otras palabras, dura tanto como la minoría de edad en los hijos.

El artículo 646 del Código Civil, establece que la mayoría de edad comienza cuando un ser humano cumple 18 años. Una vez cumplidos, y si la persona se encuentra impedida mentalmente o por otras causas, como podría ser la embriaguez consuetudinaria para valerse por sí mismo, entonces se le nombrará un tutor que en la mayoría de los casos suelen ser los propios progenitores.

En ocasiones el ejercicio de la patria potestad no dura los 18 años, ya que si el menor de edad contrae matrimonio con el consentimiento de quien la ejerce, o, en su caso, con dispensa, se dice que el incapaz se ha emancipado y deja de estar sujeto a la patria potestad.

VI) Excusable - Anteriormente quedó asentado que el ejercicio de la patria potestad no es renunciable, sin embargo, bajo ciertas circunstancias, la ley permite que quien la ejerce o tenga que entrar en el ejercicio de la misma se excuse de cumplir con esa obligación. Tal salvedad está contemplada en el artículo 448 del Código Civil, que permite solamente dos excusas

1.- Cuando se tiene sesenta años cumplidos, y;

2.- Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño.

Estas dos dispensas son totalmente justas, pues la sociedad está interesada en que las personas que van a ejercer ese derecho, que implica el cumplimiento de una

serie de deberes, tengan la capacidad física y moral para el buen cumplimiento de esa tarea, ya que resulta obvio que la realización de esas obligaciones puede resultar sumamente fatigoso para las personas de edad avanzada o con problemas de salud

Quien quiera excusarse del cumplimiento a la obligación de ejercer la patria potestad sobre un menor deberá comparecer ante el Juez de lo Familiar, quien dará vista al Ministerio Público en su carácter de representante social, para determinar, de existir otros ascendientes, quienes ejercerán esa institución, pues en caso contrario al menor se le nombrará un tutor

La excusa es una facultad que otorga la ley más no una obligación, lo que significa que si los padres o abuelos, aunque rebasen la citada edad o su salud sea habitualmente mala, si lo desean pueden ejercer ese derecho-obligación, siempre y cuando se considere que su desempeño es benéfico para el descendiente y, además, que se les considere aptos para ello.

Por último, es conveniente destacar que la patria potestad es irrenunciable e intransferible principalmente porque la pareja al momento de concebir el producto de la concepción lo hacen de una forma responsable y libre, como los faculta el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

1.3.- SUJETOS QUE INTERVIENEN.

Necesariamente son dos los sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad:

- a) Los sujetos activos
- b) Los sujetos pasivos.

Los sujetos activos son quienes ejercen el cargo y los sujetos pasivos son sobre quienes recae el ejercicio

a) Los sujetos activos Nunca podrán ser más de dos, y su ejercicio siempre será conjunto. Estos pueden ser el padre y/o la madre, y los abuelos paternos o maternos, salvo la excepción de la adopción, donde el o los adoptantes serán los únicos que ejercerán la patria potestad.

Nunca podrá ser ejercida por uno solo de los padres en combinación con uno o más de los abuelos. En todo caso, sino es ejercido por ambos padres uno de ellos seguirá en su ejercicio, y sólo a falta de ambos recaerá en los abuelos.

Bajo ese mismo contexto no podrán ejercer la patria potestad en forma conjunta los abuelos paternos con los abuelos maternos, ya que tanto éstos como aquéllos lo harán ligadamente, o bien, a falta de uno, el que sobreviva continuará en su ejercicio.

b) Los sujetos pasivos Estos pueden ser uno solo o en cantidad ilimitada, y son los hijos y nietos menores de edad no emancipados. Sobre los mayores de edad nunca se ejercerá la patria potestad, en caso de incapacidad se les nombrará un tutor, pudiendo ser sus padres o sus abuelos.

También se nombrará tutor a los menores de edad que no tengan padre ni madre, ni abuelos por ninguna de las dos ramas, o bien, que en el caso de existir alguno de ellos se llegare a excusar por motivos de edad o mal estado de salud. De igual forma se le nombrará tutor a los menores de edad cuyos padres han sido condenados a la pérdida de ese derecho y conforme a la ley no existan otros ascendientes en quienes recaiga dicha potestad.

1.4.- EFECTOS DE SU EJERCICIO ANTE LA SOCIEDAD.

Los efectos del ejercicio de la patria potestad nacen de las relaciones personales entre los que la ejercen y los menores sometidos a ella. De ahí surge la función protectora y formativa que deben observar los primeros y la obediencia y respeto que deben los segundos a sus padres y demás ascendientes

Esa función protectora y formativa orientada a los menores sujetos a patria potestad, debe iniciarse dentro del mismo domicilio de quien o quienes la ejercen, ya sea en el domicilio de los padres o el de los abuelos, si ese fuera el caso.

El artículo 421 del Código Civil establece lo siguiente

“Artículo 421 - 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.”⁶

Ello es así, en razón del interés social de que los efectos que nacen del ejercicio de la patria potestad se hagan en forma inmediata, directa y continua sobre los menores de edad. Resulta absurdo aceptar que quien ejerza ese derecho habite un domicilio distinto del que está bajo su potestad, pues viviendo bajo el mismo techo habrá un mejor y total cumplimiento en la función protectora y formativa del hijo. La ley prohíbe a los hijos menores de edad abandonar la casa de los ascendientes bajo cuya autoridad se encuentren. Esto es resultado del supremo interés que tiene la sociedad en mantener unida a la familia, pues es la única forma de que ésta cumpla con su función primordial de ser la célula de nuestra sociedad civil.

Solamente haciendo vida en común, en el domicilio familiar, podrá lograrse una mejor educación y cuidado general de los ascendientes hacia los descendientes sujetos a la patria potestad. De esa manera, exclusivamente, podrán surtirse en el mundo fáctico sus efectos ante la sociedad.

Sólo cuando exista peligro en su seguridad física o moral dentro del domicilio familiar, los hijos menores podrán separarse de aquél mediante decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar de sus ascendientes

Por su parte el artículo 422 del código civil reza:

"Artículo 422 - A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

*Quando llegue a conocimiento de los consejos locales de tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisaran al ministerio publico para que promueva lo que corresponda "*⁹

Al imponer ese artículo la obligación a los que ejercen la patria potestad de educar convenientemente a sus descendientes, está velando por un interés público y de gran contenido social, ya que así nuestra sociedad está asegurando que esos menores, al adquirir la mayoría de edad, serán personas productivas y confiables, jugando un papel preponderante dentro de la misma al ser útiles así mismos y a la colectividad.

La educación que se debe otorgar a los menores no sólo debe comprender el desarrollo del intelecto, sino que su efecto principal es el que los menores adquieran conciencia cívica y moral.

En ese desarrollo, que se adquiere en gran medida durante la educación escolar, el Estado juega un papel preponderante al establecer la Constitución Política Mexicana, en su Artículo Tercero, que la educación primaria y secundaria serán obligatorias y gratuitas

Así, el Estado y la sociedad comparten con los ascendientes la preocupación y responsabilidad de dar educación a los menores.

La obligación alimentaria de los ascendientes en favor de los menores se encuentra regulada en los artículos 303, 306 y 308 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta obligación no sólo comprende los gastos de comida, vestido, habitación, y asistencia en caso de enfermedad; también comprende los gastos que sean necesarios para que el menor obtenga su educación primaria, así como para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales. El deber alimentario perdura mientras los hijos sean menores de edad. Esta obligación se impone a los padres, ejerzan o no la patria potestad sobre sus hijos. Así, pues, tenemos que la obligación de educar a los hijos menores que proviene de la patria potestad, no sólo consiste en dar alimentos, pues quienes la ejercen, tiene el irrestricto deber de dar al hijo una educación que vaya de acuerdo con el de su familia, según las posibilidades de los padres y las necesidades del hijo.

Sin embargo, a falta de los padres, que son los que inicialmente ejercen el derecho a la patria potestad, y de los abuelos, la obligación alimentaria recaerá sobre cualquier pariente colateral dentro del cuarto grado, siguiendo un orden de importancia y cercanía.

De lo expuesto, se colige que la obligación de dar alimentos brota del parentesco y no de la patria potestad, pues aún cuando los padres pierdan el derecho al ejercicio de esa institución, seguirán obligados a cumplir con su obligación alimentaria a favor de sus hijos menores de edad.

Dentro de las facultades que la ley concede a los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, se encuentra la de poder corregir a sus hijos; pero la ley también les impone la obligación de observar una conducta que sirva a sus descendientes de buen ejemplo. El derecho a corregir a los hijos encuentra sustento en la obligación de educarlos mediante el uso de la autoridad paterna y materna. Bien puede decirse que esa autoridad se refiere a la disciplina y subordinación de los hijos menores con respecto a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad.

Esa disciplina busca los más altos niveles de conciencia social y cultural que requiere un menor durante su desarrollo. El efecto de esa disciplina, si es bien encaminada, no con dureza ni maltrato, sino con mesura y conciencia, tendrá un efecto social positivo que se advertirá al momento en que los hijos adquieran la mayoría de edad.

Es, pues, justo cuando los hijos se encuentran sujetos al ejercicio de la patria potestad, el momento verdadero de sentar en ellos buenas bases de conducta que se reflejarán en su convivencia social al momento de acabarse aquélla.

Tales prerrogativas y obligaciones se encuentran plasmadas en el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone:

“Artículo 423.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este código”¹⁰

No siempre la ley fue tan objetiva y justa en este tema, ya que anteriormente la norma legal establecía la facultad de los padres de castigar a los hijos. Situación que afortunadamente ha cambiado en nuestra legislación. Incluso la ley penal ha variado en el mismo sentido.

Evidentemente, entre los castigos que los ascendientes imponían a su prole, con la finalidad de corregirlos, se encontraba el maltrato físico que en muchas ocasiones podía llegar a ocasionar lesiones, las que si sanaban en menos de quince días no provocaban responsabilidad penal en los ascendientes

Esos grados de violencia contra los hijos, que rebasaban todo límite de cordura para corregirlos y educarlos, desde luego que traían consigo graves consecuencias sociales, ya que en muchas ocasiones los hijos golpeados se convertían en padres golpeadores; creado así personas inseguras, resentidas con la misma sociedad e incapaces, en incontables ocasiones, de enderezar ese maltrato físico y psicológico al que fueron sometidos en sus años de infancia. Lo que resultaba en un grave perjuicio para la sociedad, ya que como consecuencia de ello, se integraban a aquélla personas inadaptadas socialmente y que no lograban una integración plena.

Actualmente, tanto el Código Civil, como el Penal tutelan los derechos de los hijos menores para que no sufran abusos dentro del seno de su familia, ya que se les debe respetar en su integridad física y psíquica. Los abusadores corren el riesgo no sólo de que se les imponga una sanción privativa de libertad, ni que se les castigue con la pérdida de ejercer la patria potestad; sino lo que resulta peor, exponerse a perder el respeto y amor que sus descendientes pudieron haber sentido por ellos y, desde luego, el rechazo social.

Otra circunstancia que emana del ejercicio de la patria potestad y que surte efectos en la sociedad, es la obligación de los ascendientes de responder por los daños y perjuicios causados por los actos que, derivados de su incapacidad legal y natural, los menores de edad ocasionen a terceros.

La sociedad está interesada en que la ley obligue a las personas que ejercen la patria potestad a responder por los actos que por error o dolo lleguen a cometer los incapaces, pues por el hecho que no sean responsables de sus actos, éstos no pueden quedar sin ser reparados.

Es por ello que la propia ley otorga a los que ejercen la patria potestad sobre la persona y los bienes de los menores de edad una representación legítima, la que cesa en forma automática, sin necesidad de declaración judicial alguna, cuando el

representado cumple dieciocho años de edad y adquiere de inmediato por disposición legal su mayor de edad, pues la sola capacidad de goce que se adquiere al nacer, no faculta a los menores a responder de sus propios actos

Pero no sólo la institución de la representación legítima protege intereses de terceras personas que se vean afectadas por actos cometidos por los incapaces, ya que su cometido capital es que actúe en provecho de los menores para su mejor protección. Siendo esta representación la que suplente la incapacidad de ejercicio que se traduce en la falta de aptitud de los menores para ejercitar por sí mismos los derechos y obligaciones de los que son titulares

1.5.- SUSPENSION Y EXTINCIÓN.

El legislativo, previendo las faltas de quienes en el ejercicio de la patria potestad pudiesen llegar a cometer, así como los derechos que se adquieren con la mayor edad, ha regulado las formas de suspender y extinguir la patria potestad. Por lo que hace a la suspensión de ese derecho, el artículo 447 del Código Civil, establece las causas por las que se puede suspender el ejercicio a la patria potestad:

La primera se deriva de una incapacidad declarada por autoridad judicial.

La segunda de ellas se refiere a una ausencia declarada judicialmente

La tercera establece que si por consumo de alcohol, uso no terapéutico de sustancias ilícitas señaladas en la Ley General de Salud o de las lícitas no destinadas a ese uso que produzcan efectos psicotrópicos, y por el hábito de juego, se amenace con causar algún perjuicio a los hijos.

La cuarta y última, por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

En todos los casos, la suspensión durará el tiempo que subsistan las causas que la originaron. Lo anterior significa que el ejercicio de la patria potestad puede recuperarse ya sea pasada la incapacidad, la ausencia declarada judicialmente, el estado de enfermedad producido por alcoholismo o drogadicción y que las causas por las que se hubiere sentenciado a la suspensión de ese derecho hubieren cambiado. Sólo mediante intervención judicial podrá declararse recobrado ese derecho nuevamente.

Por lo que hace a la extinción de la patria potestad, el artículo 443 del Código Civil determina cuales son las causas por las que la patria potestad se extingue o acaba:

- Con la muerte de quien o quienes la ejercen, o de quienes la puedan ejercer. Desde luego que esta causal se refiere a los padres y los abuelos. Para el caso que ninguno de ellos exista y los hijos sigan conservando su minoría de edad se les nombrará un tutor, ya que nadie, más que los señalados por la ley, podrán ejercer la patria potestad.

- También se acaba o extingue con la emancipación del menor de edad provocada por el matrimonio, y aunque el matrimonio se disolviera, el menor no volverá a recaer en la patria potestad.

- Del mismo modo se acaba o extingue cuando el hijo llega a la mayor edad que se adquiere a los 18 años cumplidos. Momento justo en que la persona deja de estar sometida a la patria potestad.

- La última causal para que acabe o se dé por extinguida la patria potestad fue introducida mediante las reformas al Código Civil publicadas en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal del 25 de mayo del año 2000, que establece:

“Artículo 443 La patria potestad se acaba ..

IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.”

Fracción, ésta última, con la que se discrepa, pues, además de resultar confusa, evidentemente está fuera de contexto. Lo anterior es así, por los siguientes motivos

1. Debe recordarse que la institución de la patria potestad se compone de diversos elementos sociales, sin los cuales no podría existir y son: cargo de interés público, irrenunciable, intransferible (*con la salvedad ya conocida*), imprescriptible, temporal y excusable; que la adopción es irrevocable, que la legislación anterior a las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal del 25 de mayo del año 2000, permitía, en la adopción simple, la revocación por ingratitud del adoptado (las adopciones plenas o internacionales en la pasada legislación eran irrevocables), que la actual codificación civil para el Distrito Federal no habla más de adopción simple y plena, en estricto sentido la denomina "adopción", existiendo aún la adopción internacional

2. También resulta necesario subrayar que la adopción termina tanto con la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, como con el parentesco con las familias de éstos, salvo los impedimentos para contraer matrimonio; así como que la adopción se equipara al parentesco por consanguinidad entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, teniendo en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. Salvo el caso que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias que resultan de la filiación consanguínea

Con apoyo en esos argumentos, surge la discrepancia a que se hizo referencia anteriormente, en el sentido de que no se está de acuerdo con el texto del Código Civil que establece que la patria potestad se acaba con la adopción del hijo; ya que de ellos se puede concluir que la patria potestad, tratándose de su ejercicio mediante la adopción, no se acaba o extingue, puesto que esa institución sólo se transmite.

En efecto, si se reflexiona en lo comentado anteriormente se puede advertir sin reticencia alguna que la presente causal está equivocada, ya que la patria potestad, como institución, no se extingue o acaba, ya que ésta se transfiere en favor del o los adoptantes. Lo único que sucede es que los padres biológicos del adoptado no podrán ejercerla más, es decir, sólo dejarán de aplicar ese derecho-obligación. De ser como lo establece la fracción en comento, entonces ni los adoptantes podrían ejercer un derecho extinto, o ¿acaso el legislador pretendió crear ante la sociedad una patria potestad de segunda categoría?

Lo expuesto es tan simple de entender, que basta con preguntarse: ¿qué sucede cuando los padres de un menor de edad fallecen o pierden su derecho al ejercicio de la patria potestad? La respuesta es obvia, ese derecho-obligación lo ejercerá cualquiera de los ascendientes en segundo grado, sin que la ley refiera otra clase de patria potestad. En conclusión, es la misma, pero ejercida por diferentes personas. Lo que significa que esa institución sólo es trasladada a diversa persona con derecho a ejercerla.

Dentro de las formas de extinguirse la patria potestad, se pueden considerar las de perderse, ya que la palabra perderse para efectos de la patria potestad, es sinónimo de extinguirse, pues no podrá recuperarse jamás, pero sólo se perderá por resolución judicial.

Siendo la regla general que los padres ejerzan la patria potestad sobre los hijos, la excepción a esa regla, según el artículo 11 del Código Civil del Distrito Federal, es la pérdida de ese derecho por parte de alguno de ellos o de ambos, y sólo puede tener lugar en los casos en que la ley la determina expresamente. Al efecto, el artículo 444 del citado Código, señala las causales que provocan la pérdida y que son:

f. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Esta fracción presupone una decisión judicial que debe fundarse en una causa que justifique legalmente la pérdida.

II En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil, que otorga al juzgador, durante el procedimiento de divorcio, las más amplias facultades para que de oficio o a petición de parte interesada, se pueda allegar de los elementos necesarios para emitir su sentencia. Desde luego, escuchando al Ministerio Público como representante social, a los padres y a los menores. Sólo así podrá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, como son su pérdida, suspensión o limitación, según el caso.

III En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida. El código civil define a la violencia familiar como el uso de la fuerza física o moral, y la omisión grave que un miembro de la familia ejerce contra otro, y que atente contra su integridad física o psíquica, con independencia del lugar en que se hagan y si produzca o no lesiones. Basta con que la violencia se produzca por una sola ocasión para que el agresor sea condenado a la pérdida de la patria potestad.

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad, que como ya quedó asentado, es tan importante e imprescindible, que incluso la propia ley previendo la falta de las personas que pueden ejercer la patria potestad, obliga a los demás parientes hasta el cuarto grado a proporcionarlos. Por lo que aquí interesa, los alimentos se refieren a la existencia de las personas que de manera primaria deben cumplir con esa obligación, y su posibilidad económica de sufragarlos, y, desde luego, su negativa a proporcionarlos de forma oportuna e ininterrumpida, dado que la obligación alimentaria derivada de la patria potestad nace de la ley y de la sociedad, pues con ella se asegura la integridad física y emocional de los menores. Quienes no cumplan con esa obligación, a sabiendas de que tienen posibilidades de hacerlo, perderán la patria potestad.

V Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos. Por exposición debe entenderse la actitud de quien ejerce la patria potestad, en dejar a un menor bajo su

potestad, sin causa alguna, en un lugar que le es totalmente ajeno. Esta exposición debe traer aparejada la actitud de los expositores en el incumplimiento a su responsabilidad de ejercer la patria potestad.

VI Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses. El abandono, aún cuando no medie exposición, se da con sólo dejar al menor de edad sin posibilidad de subsistencia. No requiere necesariamente que sufra la falta de vivienda y de alimentación, pues es una causa que deviene por la actitud de quien o quienes ejercen la patria potestad. Esa actitud implica un desapego total de los deberes y obligaciones que impone la patria potestad, sin necesidad de que el menor sufra del perjuicio en toda su intensidad. Basta la conducta culposa del progenitor que abandona, para dejar a los hijos imposibilitados de valerse por sí mismos a fin de satisfacer sus necesidades primarias como son la alimentación, educación y asistencia médica.

VII Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. Esto es fácil de comprender, en razón que la sociedad y la ley depositan su confianza en que las personas que ejerzan la patria potestad, velarán en todo momento por la seguridad física y emocional de los menores a su cargo, así como de sus bienes; ya que rota esa confianza depositada en ellos, es evidente que esa conducta podría repetirse en perjuicio del menor, situación que no tolera la propia sociedad.

VIII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave. Lo que presupone una resolución judicial debidamente fundada en causas que justifiquen legalmente la pérdida, según lo prevé el artículo 295 del Código Penal para el Distrito Federal; pues se considera que una persona con dos o más sentencias condenatorias por la comisión de delitos que la ley considera como graves, no está adaptada para vivir en sociedad, por lo que resulta evidente que no tiene la capacidad emotiva ni social para educar a un hijo.

CAPÍTULO 2

2.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCION JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO EN LA SOCIEDAD.

En la Época Prehispánica

Es en la época prehispánica donde se encuentran los primeros antecedentes de la patria potestad en México, no obstante que el estudio del derecho indígena no ha sido tratado con profundidad, probablemente porque al introducir la conquista española la tradición jurídica romano-germánico-canónica a la entonces Nueva España, se eliminó totalmente el orden normativo prehispánico.

Lo que aquí interesa, es establecer que sí existió un derecho indígena y que cumplió con su cometido histórico. En el caso específico del derecho de familia azteca, sirvió para coaccionarlos como grupos.

Los contados estudiosos del tema como son; KOHLER, ESQUIVEL OBREGÓN, MENDIETA Y NUÑEZ, MARGADANT, TOSCANO, VAILLANT, OROZCO Y BERRA, entre otros, fundan sus posturas en las crónicas de los conquistadores españoles y en los códices que perduran hasta nuestros días. Con excepción de ESQUIVEL OBREGÓN, quien señala la posible falta de veracidad en algunas de esas fuentes, ya que afirma que no puede darse crédito en su totalidad a lo dicho por los cronistas, pues la idiosincrasia de esa época y los medios que se empleaban para hacer relatar a los indios lo referente a su historia y a sus tradiciones, no puede ser confiable, en razón de que la historia la escriben los vencedores. Históricamente, fueron los españoles quienes en muchas ocasiones hicieron el papel de cronistas.

A efecto de acreditar su postura, ESQUIVEL OBREGÓN cita lo siguiente:

*“Los primitivos misioneros, que pudieron recoger las tradiciones de labios de los mismos naturales que habían vivido bajo ellas, las tomaban tal vez de personas poco iniciadas en tales conocimientos, pues sabido es que en los pueblos primitivos la historia y la ritualidad son del dominio exclusivo de la clase sacerdotal, y los sacerdotes que quedaron después de la conquista debieron ocultar sigilosamente su carácter y, si no lo lograban, no han de haber sido ni muy comunicativos, en lo que tocaba a sus antiguos dioses, que ellos han de haber seguido considerados como verdaderos, y como enemigos de aquellos misioneros”.*¹¹

Lo sostenido por ESQUIVEL OBREGÓN, es aceptable, sin embargo, no se puede desestimar la información legada por los cronistas y códices por un simple prurito de rigor científico; de tal suerte que se aceptan las fuentes existentes que han investigado los estudiosos contemporáneos, con la salvedad ya señalada.

Así, tenemos que el matrimonio era la base de la familia y se le tenía en alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso que carecía de validez cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias de ritual¹²

Los aztecas acostumbraban la poligamia, principalmente los nobles y los ricos, pero entre todas las mujeres distinguían a la legítima, que era aquella con quien se habían casado según las formalidades requeridas para el matrimonio.¹³

Parece que en los reinos de Tacuba y Texcoco solamente los reyes y los nobles tenían vanas mujeres. Este hecho era considerado por el pueblo como una corrupción de las costumbres.¹⁴

¹ ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO *APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO* EDITORIAL PORRUA MEXICO 1994 PAG 157

² MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO *EL DERECHO PRECOLOMBIO* EDITORIAL PORRUA S.A MEXICO 1992 PAG 91

³ OROZCO Y BERRA, MANUEL *HISTORIA INTERIOR DE LA CONQUISTA DE MEXICO* MEXICO 1880 PAG 226
⁴ MENDIETA Y NUÑEZ LUCIO OB. CIT PAG 91

La ceremonia del matrimonio no estaba encomendada a los representantes del poder público, ni a los sacerdotes, el matrimonio se llevaba a cabo mediante una serie de actos de origen religioso, en los que sólo intervenían los parientes y amigos de los contrayentes

Cuando un mancebo llegaba a la edad de contraer matrimonio, sus padres y parientes se reunían para acordar que era tiempo de que se casara. Este acuerdo se comunicaba a los maestros del mancebo a quienes mediante una ceremonia ofrecían una comida y además un hacha para obtener su conformidad.

Después de la ceremonia, los padres y parientes del interesado, nuevamente se reunían para elegirle mujer. Una vez que la elegían se rogaba a señoras de edad, normalmente eran dos, cuyo oficio era intervenir en los casamientos, que fuesen a pedir a la elegida en nombre de los parientes del mancebo.

La condición de la mujer en cuanto al matrimonio era muy aceptable, pues se requería su consentimiento para celebrarlo. Las intermediarias pedían a la elegida a sus padres, los que normalmente se excusaban en varias ocasiones hasta que por fin accedían después de consultar a la mujer pedida en matrimonio y con los parientes en una reunión que al efecto realizaban.

Los padres de la joven y del mancebo se reunían enseguida y acordaban el matrimonio de sus hijos.

El día de la boda solamente llegaban los invitados, maestros y parientes de los que iban a casarse, celebrando una fiesta en la cual les ofrecían diversos presentes delante del fuego. Este matrimonio tenía un valor legal indudable, siempre y cuando se hubieran seguido las costumbres ya descritas, considerándoseles así como marido y mujer. Cuando un hombre tenía relaciones con varias mujeres, sólo aquella con quien se había casado en la forma descrita era la mujer legítima

Si el hombre tenía un hijo con alguna mujer, se le obligaba a casarse con ella, debiendo seguir las formalidades que al caso se exigían, o bien, devolverla a su familia. El matrimonio estaba prohibido a quienes tuvieran una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad. La edad para contraer matrimonio, era, para el hombre, entre los 20 y 22 años; para la mujer entre los 15 y 18 años.

En la Época de la Colonia.

Posterior a la conquista, el reino de Tenochtitlán fue bautizado por los españoles como la Nueva España dadas sus características geográficas muy similares al reino español, iniciando la época colonial en México

La fusión de la raza indígena con la europea trajo diversos conflictos, entre otros, destaca la aplicación de un nuevo derecho, que en los primeros años de la colonia se aplicó en forma idéntica al vigente en ese momento en España.

Por la gran trascendencia que tuvo la conquista española sobre los pueblos indígenas del nuevo mundo, es importante entrar al estudio y análisis del derecho español, cuya tradición jurídica romano-germánico-canónica, fue heredada por el México independiente.

Así, pues, tenemos diversos periodos que abarca el derecho hispano y que según el maestro XAVIER DE CERVANTES son los siguientes:¹⁵

1.- Época primitiva la sociedad se haya dividida en dos clases, libre y esclavos, la familia en esa época era constituida por aquellas personas unidas por consanguinidad y las que se unían a una familia por medio de la adopción. Se trataba de familias monogámicas, donde el marido era la máxima autoridad. Esta época abarca hasta el año 219 a.C

CITA DE JOSEMAN ELIZABDI ROBERTO *INCIDENTOS HISTORICOS DE LA POSISION JURIDICA DEL MENOR EN EL DERECHO PENAL NOROCCIDENTAL* EDITADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, PAG 68 MEX 1992

2.- Reorganización de España y legislación romana provincial: en esta época España estuvo dominada por el imperio romano, y la legislación romana no se impuso a los habitantes de la península, conservando así su organización social, subsistiendo la familia con las mismas características que en la época primitiva. No obstante, al paso de los años la influencia del derecho romano empezó a darse en forma gradual y constituyó una de las fuentes principales del derecho español. El derecho romano fue tomado por los españoles sin imposición de los romanos, esta época abarcó del año 219 a C , al 419 de nuestra era

3.- El derecho bárbaro o visigótico en España en esta época existe influencia germánica, pues los primeros pueblos germánicos que penetraron en la península impusieron sus propias costumbres; así surge la figura de "*las potestas*" maritales o paternas, las cuales daban un derecho absoluto al padre sobre la mujer y los hijos, al grado de que aquél podía vender a éstos e incluso podía matar a los recién nacidos, hasta decidir con quien casarían las hijas aún en contra de su voluntad. De lo anterior, se advierte que la autoridad del padre era absoluta e ilimitada, los recién nacidos eran colocados a los pies de su padre a manera de sumisión y respeto y si el padre lo levantaba, el hijo quedaba reconocido, de no ser así el hijo podía ser abandonado o vendido.

El símbolo del derecho en esta época eran las armas, el padre era el único que podía entregar al hijo el escudo y la frámea, sin éstas el hijo seguía siendo parte de la familia, al recibirlas quedaba emancipado.

Quien recibía las armas, adquiría derechos, y si a una persona se le quitaban, quedaba privada de todos sus derechos. Los únicos que podían llevar armas eran los hombres, a la mujer le estaba prohibido ya que era considerada incapaz social y legalmente. Al fallecer el padre, el hijo mayor heredaba el "*munt*" (ejercicio de la patria potestad) sobre la madre viuda y los hermanos

La patria potestad sobre los hermanos menores se extinguía cuando aquellos eran capaces de tomar las armas. Este período abarcó del año 419 al 711 de nuestra era.

4.- Derecho del período de la reconquista: en este período se atenúa el ejercicio de la patria potestad que el jefe de familia detentaba en forma absoluta en los anteriores períodos.

En la Época Independiente.

Durante la guerra de independencia y una vez consumada ésta, se siguieron aplicando en el territorio mexicano las diversas leyes y ordenanzas españolas que rigieron durante la colonia.

Sin embargo, un México libre del yugo español requería de leyes propias de acuerdo con su nuevo sentir; y así en el estado de Oaxaca nace el primer Código Civil (conocido como Código Civil de Oajaca, que estuvo vigente de 1828-1829) de nuestra época independiente, mismo que reviste doble importancia por ser también el primer Código de Iberoamérica.¹⁶

La patria potestad se encontraba regulada en el Libro Primero, Título Décimo, denominado "*De la patria potestad*", en los artículos 231 al 244, y su espíritu primordial fue que el hijo en toda edad debía honor y respeto a su padre y madre, y que permanecería bajo la patria potestad hasta su mayoría de edad o emancipación.

Los creadores de este código fueron omisos en señalar quién ejercería la patria potestad a falta de los padres del menor de edad. Solamente se limitaron, para el caso de esa eventualidad, a señalar la forma en que se administrarían los bienes del menor, si los hubiere.

Por lo que hace a la mayoría de edad, el Código en estudio, en sus títulos Undécimo y Décimo Tercio, denominados "De la minoridad y de la tutela" y "De la mayoría y de la interdicción", respectivamente referían

*"245 Menor es el individuo de ambos sexos que no tiene veinte y un años cumplidos"*¹⁷

*"358. La mayoría se fija a los veinte y un años cumplidos. Todo individuo que tenga esta edad es capaz de todos los actos de la vida civil, salvas las restricciones puestas en el título del matrimonio"*¹⁸

De la recta interpretación de los artículos en comento, se desprende sin duda alguna que al alcanzar la edad citada, el individuo dejaba de estar sometido a la patria potestad de sus padres

La emancipación, se encontraba regulada en el Título Duodécimo, intitulado "De la emancipación", en sus artículos 345, 346 y 347 que señalaban.

"345. El menor es emancipado por el solo hecho de contraer matrimonio."

"346. El menor no casado podrá ser emancipado por su padre o en defecto del padre por la madre, después de que haya cumplido diez y ocho años de edad.

Esta emancipación se hará por la declaración del padre o de la madre, recibida por un alcaide, y autorizada por un escribano y en defecto de este por dos testigos."

¹⁶ OAXACA CUNA DE LA CODIFICACION IBEROAMERICANA EDITORIAL PORRU' A S.A. MEXICO 1974 PAGS 150 Y 164

¹⁷ CODIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAXACA IMPRESION DE GOBIERNO 1828 APENDICE EN EL LIBRO DEL DOCTOR RAUL ORTIZ URQUIDE

¹⁸ IDEM AL ANTERIOR

"347. El menor, huérfano de padre y madre, después que haya cumplido diez y ocho años de edad, podrá ser emancipado por el consejo de familia si lo juzgase conveniente. En este caso la emancipación se verificara por la declaración del consejo de familia aprobada en el mismo acto por el alcaide que presidió el consejo"¹⁹

Posteriormente surgen los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de los años de 1870 y 1884.

Estos Códigos fueron los primeros en ser aplicados en el Distrito Federal, por lo tanto, resultan importantes para el estudio de la patria potestad

El Código Civil de 1870, no dio una definición de patria potestad, pero en su artículo 363 precisaba que los hijos, cualquiera que fuese su estado, edad y condición, debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes

En su artículo 365, establecía que la patria potestad se ejercía sobre las personas y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, siempre y cuando fueran menores de edad.

La mayoría de edad, según el artículo 362, se establecía a los 21 años cumplidos

El Código Civil de 1884, respecto de la patria potestad, prácticamente retoma lo establecido por la legislación anteriormente comentada. Encontrándose regulada en el Título Octavo, Libro Primero, de los artículos 389 al 429, lo que significa que el lugar preponderante de la figura del varón seguía prevaleciendo sobre la imagen de la madre

¹⁹IDEM PAG. 31

Al igual que el anterior, este Código no definió lo que debe entenderse por patria potestad, sólo citaba que los hijos, de cualquier edad, estado y condición debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes; así como que los menores de edad no emancipados, estarían bajo la patria potestad

Según su artículo 388, la mayoría de edad se adquiría a los 21 años cumplidos

Dentro de los efectos de la patria potestad respecto de los hijos, éstos tenían la obligación de permanecer en el domicilio de quien la ejercía, no pudiendo abandonarlo sin permiso de quien ejerciera la potestad, por necesidad podían hacerlo con permiso de la autoridad pública competente

En la Época Post-Revolucionaria

El primer ordenamiento legal, exclusivamente para el Distrito Federal, en ocuparse de las relaciones familiares, fue la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.²⁰

Por lo que hace al ejercicio de la patria potestad, el legislador estableció bases más razonables y justas para aplicarse dentro de la familia. Estipuló que la patria potestad ya no sería considerada como una institución cuyo objeto era conservar la unidad de la familia para funciones políticas (concepción romana)

Se reglamentaron los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole. Fue necesario reformar las reglas que ya existían para el ejercicio de la patria potestad, cuyo objeto había sido el de beneficiar al que la ejercía.

Fue la primer legislación mexicana en intentar igualar los derechos entre el hombre y la mujer en materia familiar, al establecer que la patria potestad se ejercería en

²⁰ LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES 19 DE ABRIL DE 1917, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DEL 4 DE ABRIL AL 11 DE MAYO DE 1917. EDITORIAL EDICIONES ANDRADE, S.A. TERCERA EDICIÓN, MEXICO D.F. 1980

forma conjunta por el padre y la madre, considerando el legislador que no existía razón alguna para excluir a la mujer en el ejercicio de ese derecho, fundándose en razones naturales al considerar que la madre tenía mayor vocación de cariño y sacrificio por los hijos que el mismo padre

A falta de los padres, la ley consagró que ese derecho lo desempeñarían los abuelos y las abuelas. También precisó que los bienes de los hijos serían administrados por los ascendientes que ejercieran la patria potestad

La patria potestad estaba regulada en los artículos 238 al 269, de los Capítulos XV, XVI y XVII, de dicha ley

Al igual que las anteriores, la Ley Sobre Relaciones Familiares no da definición alguna de lo que debe entenderse por patria potestad; sí en cambio, señaló sus características en el artículo 239 que precisaba que estaban sujetos a la patria potestad los hijos menores de edad, mientras existiere alguno de los ascendientes a quienes correspondía el ejercicio de la misma.

La mayoría de edad se adquiría a los 21 años de edad. También señaló las obligaciones y prohibiciones de los menores que se encontraban bajo la patria potestad, siendo las siguientes:

- a) La de no abandonar la casa de las personas que ejercían la patria potestad sobre ellos, sin su permiso, o en su defecto, por decreto de la autoridad judicial competente (artículo 243)
- b) La de no comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna sin el consentimiento del que o de los que ejercían ese derecho (artículo 246).
- c) La de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes (artículo 238).

De ese panorama histórico, se llega a la conclusión que la patria potestad, con independencia de quien o quienes la ejercieran, siempre ha sido considerada como un derecho-obligación, resultado de un cargo impuesto por la ley y la sociedad a los ascendientes directos de los menores.

También, en esa exposición se advirtió la importancia de la figura del matrimonio dentro de la sociedad, al considerarla como el único camino moral aceptable de formar el núcleo de toda sociedad, que es la familia

En esa transformación histórica, la propia sociedad también ha sufrido grandes cambios, entrándose de la igualdad de derechos entre hombre y mujer, y de la patria potestad, al aceptar que ahora lo importante es quien o quienes la ejercerán, sin importar si el hijo fue concebido dentro o fuera de matrimonio, o que los padres decidan o no vivir en concubinato; ya que ello en la actualidad de ninguna manera implica una falta grave. Ahora lo trascendental para la sociedad es el reconocimiento que se haga de los hijos haciendo a un lado prejuicios sociales.

En efecto, el incumplimiento social a realizar nupcias, desde luego que no afecta el ejercicio de ese derecho, ya que la sociedad y la ley sólo deben interesarse en quien o quienes, y cómo aplicarán ese derecho-obligación

Sólo la omisión que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación del padre o la madre hacia sus hijos, podrá ser condenada por la sociedad mediante las leyes que ha creado para convivir en armonía y respeto, a la pérdida de ese derecho. El hombre y la mujer están obligados a cumplir en forma particular y conjunta con los fines de la patria potestad.

Los efectos de la patria potestad no son únicamente patrimoniales, sino que ahora existen derechos y obligaciones de ambos progenitores que se manifiestan en los deberes íntimos de la relación de convivencia, respeto, apoyo moral, amor y cariño que sirven para el sano desarrollo de quienes se encuentran sujetos a ella.

En la patria potestad debe prevalecer el interés siempre superior de los hijos, por lo que no sólo se trata de una función biológica, sino también de una función social y jurídica para dar cumplimiento a los fines de la paternidad y de la maternidad.

Cabe destacar que uno de los deberes que impone la sociedad por medio de la patria potestad en el hombre y la mujer, es el de socorro y ayuda mutua a favor de los hijos que descansa siempre en la solidaridad de la pareja y tiene como objetivo principal realizar los fines superiores de la familia.

Una de las manifestaciones del derecho-obligación que nace de la patria potestad que aquí se analiza es la relativa a la ministración de alimentos que la ley impone a los padres, pero no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial, sino también a la ayuda de carácter moral y material que mutuamente deben dispensar a los hijos.

Esa obligación para el padre y la madre, como se ha visto, no siempre ha existido, ya que originalmente en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, el marido debía proteger y dar alimentos a la mujer y a los hijos, y la mujer debía atender lo doméstico y la educación de los hijos, y aunque el padre ejercía pleno dominio sobre los hijos, la obligación ya citada se relegaba exclusivamente en la mujer.

Con el mismo perfil fue adaptado ese principio en la Ley Sobre Relaciones Familiares, señalando que el mando debía dar alimentos a la mujer y a los hijos y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar.

En la Época Moderna.

El Código Civil de 1928, en su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1974, modificó los textos que ya han sido objeto de estudio; y aún cuando se dejaron latentes los principios en cuanto a la patria potestad, su redacción tiene la inspiración de la igualdad jurídica, política, social y

económica de la mujer con el hombre, pues se establece a cargo de los cónyuges (tanto de él, como de ella) la contribución económica para el sostenimiento del hogar, su propia alimentación y la de sus hijos; sin perjuicio de distribuirse esas cargas en la forma y proporción que ellos convengan y de acuerdo con sus propias posibilidades.

A.- RESPECTO DEL PADRE Y LA MADRE.

En la Época Prehispánica.

El primer antecedente histórico que se tiene de la patria potestad en México se encuentra dentro de la civilización azteca.

La patria potestad se ejercía en igualdad de circunstancias entre el hombre y la mujer, no obstante que el primero era el jefe de la familia. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones y la mujer tenía a su cargo a las mujeres.

La patria potestad era considerada como un poder muy grande, tan es así que el padre podía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso. No obstante que la patria potestad se ejercía, como se dijo antes, en igualdad de circunstancias entre el padre y la madre, ésta no podía vender ni casar a sus hijos

Para castigar a los hijos, los padres podían hacer uso de la violencia, generalmente los herían con espinas de maguey o podían cortarles el cabello.

Era tan amplia la potestad que se ejercía sobre los hijos, que cuando uno era tenido por incorregible, el padre, con el permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, recibían la educación del padre y de la madre, respectivamente. A los quince años los entregaban al Calmécac o al Telpuchcallí, según la promesa que se hubiese hecho el día de su bautismo. Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años, hasta que sus padres concertaban el matrimonio. Por lo tanto, del colegio salían a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública.

Aún cuando existían establecimientos especiales para la educación de las mujeres, generalmente las educaban en su casa, pues su educación estaba encaminada fundamentalmente a prepararlas para el matrimonio. También existían otros centros de reclusión y educación, especie de conventos bajo la autoridad de los sacerdotes,²¹ donde se preparaba a las jovencitas para ser sacerdotisas.

En caso de divorcio, los hijos pertenecían al esposo y las hijas a la esposa, y el culpable perdía la mitad de sus bienes²²

Los divorciados no podían volver a casarse, la infracción se castigaban con la muerte.²³

Opinión contraria sostiene GEORGE C. VAILLANT²⁴ al citar a BANDELIER, quien sostiene que la mujer divorciada podía volver a casarse con quien quisiera, siempre y cuando su marido no pudiera sostenerla o no pudiera educar a los hijos o cuando la maltratara físicamente

²¹ SAHAGUN, DE BERNARDINO "HISTORIA GENERAL DE LAS COSAS DE NUEVA ESPAÑA," MEXICO 1829-1830 PAG 39

²² KOHLER, J "EL DERECHO DE LOS AZTECAS" TRADUCCION DEL ALEMÁN POR EL LIC CARLOS ROVALO Y FERNANDEZ EDICION DE LA REVISTA JURIDICA DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO MEXICO 1924 PAG 116

²³ KOHLER, J OB CIT PAG 45

²⁴ VAILLANTE C GEORGE "LA CIVILIZACION AZTECA" FONDÓ DE CULTURA ECONOMICA MEXICO 1992 PAG 99

Las viudas podían volver a casarse, pero con un hermano de su difunto marido o con un hombre perteneciente al clan de aquél. El hermano del difunto esposo, que se casaba con su viuda podía ejercer todos los derechos de la patria potestad sobre sus hijos.

Así, tenemos que uno de los pilares de la grandeza azteca lo fue sin duda la educación, la que era impartida desde el nacimiento del hijo hasta que se extinguía el ejercicio de la patria potestad sobre éste. La finalidad de la educación era alejar a los hijos de los vicios y de la ociosidad.

Como se dijo anteriormente, en materia educativa existían distinciones, los Macehualli iban al Telpochcalli, y los hijos de los nobles acudían al Calmécac, donde se les instruía para ocupar puestos de mando en la administración pública o en la organización sacerdotal.

Básicamente, la patria potestad servía a los padres para educar a sus hijos dentro del orden social de los aztecas.

XAVIER CERVANTES, dice que la potestad del jefe de familia en los aztecas era ilimitada, de tal manera que la sumisión y obediencia ciega e incondicional era su principal característica. Tan cierta es tal aseveración, que el padre azteca disfrutaba de hecho y de derecho de una gran autoridad sobre sus hijos menores, la que se extendía a todos los hijos procreados, aún en las diversas uniones fuera de matrimonio, situación permitida por el peculiar sistema poligámico azteca.

Ya fuera en el Telpochcalli o en el Calmécac, los educandos recibían diversas instrucciones, permaneciendo sujetos a la rigurosa disciplina del propio establecimiento hasta la edad en que podían contraer matrimonio. En tal virtud, los educandos quedaban prácticamente desvinculados de sus familias, es decir fuera del ejercicio de la patria potestad.

En consecuencia, la patria potestad era plena en la primera infancia, tanto para los hijos de pobres, como de nobles o ricos. Pero la propia relación de control familiar se interrumpía durante el período de educación del menor. Al concluir esta etapa se restablecía la sujeción del hijo al padre hasta en tanto aquél no contrajera matrimonio. Sin olvidar la facultad del padre para concertar el matrimonio del hijo

También la patria potestad terminaba cuando el hijo alcanzaba altas dignidades o posiciones militares, religiosas o civiles.²⁵

En la Época de la Colonia

Posterior a la conquista se da inicio a la época colonial, durante esta etapa se implanta el derecho que se encontraba vigente en España, que como ya se dijo anteriormente fue el derecho del período de la reconquista. No obstante que en la Nueva España se dio la fusión de dos culturas y razas, no se tomó en cuenta el derecho prehispánico. El ejercicio de la patria potestad que el jefe de familia detentaba en forma absoluta se ve atenuado, prohibiendo al padre abandonar a sus hijos, quien lo hiciera sería castigado con el destierro

Tan sólo se otorgaba al padre la facultad de corregir al hijo en caso de faltas

Con la Ley de las Siete Partidas se establece la obligación del padre a sostener y educar a los hijos menores, protegiéndolos contra la crueldad de sus progenitores.

Solamente en los casos de extrema pobreza se concedía al padre la facultad de vender o dar en prenda a su propio hijo. Nace también la obligación a la redención del hijo vendido y se prohibía desheredar sin justa causa.

²⁵ ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO"
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1984 PÁGS 366, 367

En el derecho de familia implantado en la Nueva España se introdujeron diversas modalidades que rigieron durante la época colonial, tales como que el padre seguía obligado a educar a sus hijos, proveyéndoles de alimentación, vestido, y educación moral y religiosa. En los primeros tres años de edad la obligación de la crianza de los menores era a cargo de la madre, aun cuando la madre fuera rica y el padre pobre

Durante este periodo colonial la patria potestad podía acabarse por cinco causas:

- 1 - Por muerte de quien la ejercía.
- 2.- Por muerte civil de quien la ejercía como consecuencia de una condena a trabajos forzados de por vida, o por destierro con confiscación de bienes.
- 3.- Cuando el que ejercía la patria potestad se hallaba prófugo por haber sido condenado o deportado.
- 4.- Por incesto o por haber contraído matrimonio sin licencia con pariente dentro del cuarto grado.
- 5.- Por haber obtenido el hijo alguna gran dignidad, de la que conforme a la ley, llevaba consigo la emancipación

En la Nueva España la emancipación, que era una de las formas de terminar con la patria potestad, sólo podía hacerse por el padre y a falta de éste por el ascendiente paterno, y se concedía únicamente en favor del hijo legítimo que habiendo llegado a los siete años de edad manifestaba su consentimiento.

Terminada la patria potestad por emancipación, el hijo sólo podía volver a ella si hubiere sido ingrato con su padre injuriándolo de palabra o de hecho.

En la Época Independiente

En el matrimonio de esta época, únicamente el padre ejercía la autoridad de la patria potestad, solamente por su muerte o ausencia la ejercería la madre.

El estado patriarcal que predominaba en el México independiente fue producto de la propia mentalidad de la época y herencia de la unión de dos culturas

La patria potestad y la tutela se ejercían en forma simultánea por el padre, y a falta de éste por la madre. Al fallecer ambos se extinguía la patria potestad, no así la tutela.

El estado familiar de la mujer en el Código civil de Oajaca se encontraba limitado a la autoridad del varón, tal y como se desprenden de los siguientes artículos:

"17. Los derechos de los dos sexos son los mismos a excepcion de las diferencias establecidas por las leyes".²⁶

Lo que quiere decir que esa supuesta igualdad estaba limitada, en mucho, a la autoridad del varón. Para advertirlo, baste con citar los siguientes artículos:

"44. La muger casada tiene el domicilio de su marido..."

"101. El marido debe protección a su muger, la muger obediencia a su marido."

"103. La muger no puede comparecer en juicio si licencia de su mando, aun cuando sea mercadera publica."

²⁶ IDEM PAG 32

“105. La mujer no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir a título gratuito ni honoroso sin la concurrencia de su marido o su consentimiento por escrito”²⁷

Desde luego que las limitaciones a esa igualdad entre hombre y mujer se refieren a la mujer casada. Dentro de esas limitaciones o prohibiciones destaca en mucho el hecho de que la madre no podía ejercer su derecho a la patria potestad en vida de su cónyuge.

Como quedó asentado anteriormente, el primer cuerpo de leyes que tuvo vigencia y aplicación en el Distrito Federal fue el Código Civil de 1870, que establecía en su artículo 366, el orden de prelación en que los parientes ejercerían la patria potestad sobre el menor, facultando en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre. Desde luego, se refería a los hijos nacidos dentro de matrimonio.

A modo de prerrogativa muy particular, el artículo 397 del ordenamiento legal en cita, permitía a la madre renunciar a ese derecho. El padre era el único que no podía renunciar al ejercicio de la patria potestad. Por ser de capital importancia para esta tesis, se transcribe ese numeral:

*“Artículo 397. La madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o el ejercicio de esta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a que corresponda según la ley. Si no la hay, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho”.*²⁸

Ese artículo encuentra su motivación en prejuicios de aquella época, pues para la sociedad la figura del varón tenía un lugar preponderante dentro de la familia. Además de que él era quien normalmente aportaba los recursos para solventar las necesidades de los hijos. Tan es así, que sólo el padre podía ejercer la patria potestad sobre los hijos.

²⁷ IDEM PAG 32

²⁸ CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA
TIPOGRAFIA DE J M AGUILAR ORTIZ, MEXICO, 1870 PAG 40

Como consecuencia de la desigualdad ante el hombre, la mujer de antaño carecía tanto de poder moral, como social y económico, por lo que se veía obligada a tomar la determinación de renunciar a la patria potestad por no tener los medios suficientes para cumplir con su obligación.

De lo anterior, se advierte que el legislador de ese tiempo no contempló el hecho que era precisamente la mujer la que más convivía con los hijos; por consiguiente, su responsabilidad era aún mayor que la del padre, ya que la mujer normalmente estaba recluida en el hogar, mientras que el varón atendía la subsistencia de éste.

De no existir ninguno de los ascendientes que pudieran ejercer la patria potestad, o hubieren renunciado a su derecho los facultados para ello, de conformidad con el mencionado artículo 397, en relación con el diverso 367, se pondría un tutor al menor

Dentro de los efectos del ejercicio de la patria potestad el artículo 360, imponía al padre la obligación de educar convenientemente a sus hijos.

El artículo 370 fijaba al padre la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente. En ese numeral se observa que existía una correlación de un derecho y una obligación del padre para enmendar y sancionar a sus descendientes, y una nula participación de la mujer en esos quehaceres.

El numeral 390 autorizaba a los tribunales a privar del ejercicio de la patria potestad: cuando el que la ejercía lo hacía con excesiva severidad; o porque no cumplía con su cometido de educar; o imponía preceptos inmorales, o diera ejemplos y consejos corruptores a los que estaban bajo su potestad.

El artículo 388, señalaba las causas por las que la patria potestad se extinguía:

I.- Por muerte del que la ejercía, si no había otra persona en quien recayera.

II.- Por la emancipación.

III.- Por la mayoría de edad del hijo, que se adquiría a los 21 años.

El artículo 389, citaba las causas por las que la patria potestad se perdía:

I.- Cuando quien la ejercía era condenado a alguna pena que importara la pérdida de ese derecho.

II - Si era declarado cónyuge culpable en un juicio de divorcio. La patria potestad podía recobrase si la causal de divorcio había sido por enfermedad, sevicia, amenazas, injurias graves, acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro o por infracción de las capitulaciones matrimoniales, siempre y cuando hubiere muerto el cónyuge inocente.

Por su parte, el artículo 247, establecía que el padre y la madre que hubieren perdido la patria potestad quedaban sujetos a todas las obligaciones que tenían para con sus hijos. Situación que nos hace reflexionar sobre nuestro derecho actual, ya que tal situación sigue siendo aplicada en nuestros días.

Este Código también regulaba en su artículo 391, las causas por las que se podía suspender la patria potestad:

I - Cuando el que la ejercía estaba privado de inteligencia por locura, idiotez, o imbecilidad. Aún cuando tuviera intervalos lúcidos. En este caso se requería declaración judicial de incapacidad

II - Si el que debía ejercerla era sordomudo y no supiera leer ni escribir. Siendo necesaria declaración judicial de esa discapacidad.

III.- Por ausencia declarada en forma.

IV.- Por sentencia condenatoria que hubiera impuesto como pena esa suspensión.

Por otro lado, el Código en estudio en su artículo 398 precisaba que quien renunciaba a la patria potestad no podía recobrarla. Los artículos 399, 400 y 402, establecían que la madre viuda que vivía en mancebia o diera a luz un hijo ilegítimo perdía el derecho a ejercer la patria potestad. Igualmente se castigaba a quienes contraían segundas nupcias. En este último caso, la ley señalaba que si volvían a enviudar recobrarían los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

Para la creación del Código Civil de 1884, el legislador prácticamente retomó las ideas fundamentales de la ley anterior.

Por lo que hacía a la patria potestad, el padre ostentaba la distinción de ser el único en poder ejercerla, excluyendo a la madre y demás ascendientes; y sólo por su muerte, ausencia, interdicción, o pérdida de ese derecho, la madre entraría a ejercerla.

El padre, bajo ningún argumento, podía renunciar a la patria potestad. La madre tenía la prerrogativa de poder renunciar al ejercicio de ese derecho-obligación.

El que ejercía la patria potestad tenía la obligación de educar a los menores convenientemente, con la facultad de corregirlos y castigarlos templada y mesuradamente. Los tribunales podían privar o modificar el ejercicio de la patria potestad, si los ascendientes trataban con excesiva severidad a los menores, o no los educaban correctamente; o les inculcaban preceptos, ejemplos y consejos corruptores e inmorales.

La patria potestad podía perderse si quien la ejercía era condenado por alguna pena que implicara la pérdida de ese derecho. En los casos de divorcio, para el cónyuge culpable, o para ambos, si los dos lo fueren.

La patria potestad se suspendía por incapacidad o ausencia declarada judicialmente de quien la ejercía, o por sentencia que impusiera como pena esa suspensión.

Ese Código establecía que el ascendiente que renunciara a la patria potestad no volvería a recobrarla. Si la madre viuda daba a luz un hijo ilegítimo, perdería el derecho de ejercer la patria potestad. Lo mismo acontecía si pasaba a segundas nupcias, y en tal caso, sólo volviendo a enviudar recobraría la patria potestad sobre sus hijos.

En la Época Post-Revolucionaria.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, en su artículo 241, estableció la igualdad entre el hombre y la mujer en su derecho al ejercicio de la patria potestad al declarar que dicho ejercicio recaía conjuntamente en el padre y en la madre.

Su numeral 242, establecía que para el caso de existir uno sólo de los padres, ése ejercería la patria potestad.

El artículo 240 estipulaba que la patria potestad se ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

Como obligaciones para el que ejercía la patria potestad, la ley preveía:

- La de dar alimentos a sus hijos (artículo 53)
- La de educar convenientemente a sus hijos (artículo 244)

Los derechos que la ley establecía a favor de quien desempeñaba la patria potestad, eran los siguientes:

- El de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente (artículo 244).
- El de representar legalmente al menor bajo su patria potestad (artículo 246).
- El de ser administrador legal de los bienes que le pertenecían al menor sujeto a su patria potestad (artículo 247)
- Y el de recibir la mitad del usufructo de los bienes del menor (artículo 248).

El artículo 259 establecía los modos de acabarse la patria potestad, a saber:

- I. Por la muerte de quien la ejercía, no existiendo otro ascendiente en quien recayera.
- II. Por la mayor edad del hijo que se adquiría a los 21 años.
- III. Por la emancipación del hijo. Esta emancipación sólo producía efectos respecto del hijo, no así de sus bienes.
- IV. Para la madre, cuando pasaba a segundas nupcias. Sólo podía recobrar el derecho perdido cuando volvía a enviudar.

Aquí se rompe esa igualdad dada por la legislación en comento, ya que desafortunadamente la mujer que adquiría segundas nupcias no era bien vista por la sociedad de la época. Desde luego que esa disposición se refería a los hijos del primer matrimonio, ya que los hijos del segundo enlace civil, y de acuerdo a la interpretación sistemática de los preceptos legales ya citados, caían dentro de las reglas de los hijos habidos dentro de matrimonio.

Lo trascendente en esa ley, resulta del avance logrado al intentar una verdadera igualdad de los derechos de la mujer con los del varón.

Según el artículo 262, la patria potestad se podía suspender:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente por estar privado de inteligencia, por locura, idiotez o imbecilidad, aún cuando el que la ejercía tuviera intervalos lúcidos.
- II. Por incapacidad declarada, cuando quien la ejercía era sordomudo que no sabía leer ni escribir.
- III. Por incapacidad declarada judicialmente, en los casos de ebriedad habitual.
- IV. Por la ausencia declarada en forma.
- V. Por sentencia condenatoria que imponían como pena esa suspensión.

Como pudo advertirse, la posición del varón, social y jurídicamente hablando, mantuvo una actitud dominante sobre la mujer, no obstante que diferentes legislaciones civiles ya habían tratado las situaciones familiares.

En la Época Moderna.

Las transformaciones, aunque lentas, fueron dando como resultado una mayor igualdad de los derechos de la mujer ante el hombre. No puede negarse el hecho de que esas transformaciones fueron ocasionadas por los cambios sociales de cada época, dando como resultado la modernización de las instituciones y de las leyes que regían el comportamiento del hombre en la sociedad.

Por ello, el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, PLUTARCO ELÍAS CALLES, expidió en el año de 1928 el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, que entró en vigor a partir del primero de octubre del año de 1932.²⁹

Por lo que hace a la patria potestad, esa Codificación Civil mantuvo el criterio de la anterior Ley de Relaciones Familiares, sosteniendo que los padres ejercerían la patria potestad en forma compartida; y a falta de ellos, lo harían en primer lugar los abuelos paternos y a falta de éstos serían los maternos.

Desde luego, ese criterio se refiere a los hijos nacidos dentro de la institución del matrimonio. A los nacidos fuera de esa institución, y a falta de sus padres, la patria potestad sería ejercida por los abuelos paternos o maternos, según criterio de un Juez de lo Familiar.

Ese mismo Código ha sufrido diversas modificaciones desde su creación. La más importante, por lo que a este trabajo interesa, es la que se refiere al ejercicio de la patria potestad hecha el 30 de diciembre del año de 1997³⁰, que estableció que a falta de los padres, los que ejercerían la patria potestad serían los ascendientes en segundo grado en el orden que un Juez de lo Familiar estableciera.

B.-RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.

En la Época Independiente.

Como quedó asentado anteriormente, la patria potestad de los hijos de matrimonio quedaba extinta al momento de que ambos padres dejaban de ejercerla por cualquier motivo. Los abuelos jamás podrían ejercer la patria potestad, sólo ejercerían la tutela, la que perduraba y que recaía primeramente en el abuelo paterno, a falta de éste en el materno, y en ausencia de ambos en un ascendiente varón. Esa función de tutela únicamente se refería a la administración de los bienes de los menores; no así, se reitera, al ejercicio de la patria potestad.

³⁰ SEGUN DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 1º DE SEPTIEMBRE DE 1997
³¹ PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1997. ENTRARON EN VIGOR A LOS TREINTA DIAS DE SU PUBLICACION

Es en el Código Civil de 1870, donde por primera vez se hace referencia a los abuelos como sujetos activos para el ejercicio de la patria potestad.

Así es, ese Código estableció que a falta de los padres, serían los abuelos los que ejercerían la patria potestad, colocando al abuelo paterno en primer término; al abuelo materno en segundo lugar; posteriormente a la abuela paterna; y al final a la abuela materna, en ese estricto orden.

Como se advierte de ese Código Civil, la figura del hombre predominaba en cuanto al ejercicio de la patria potestad, ya que anteponía las figuras de los abuelos, antes que el de las abuelas; incluso la abuela paterna queda en un lugar inferior al del abuelo materno, lo que en otras legislaciones posteriores no fue así.

Lo anterior, denota a todas luces la importancia y predominio de la figura del hombre ante la de la mujer.

En ese ordenamiento legal se permitía a los abuelos y las abuelas, renunciar al derecho de ejercer la patria potestad.

En el Código Civil de 1884, se mantiene el mismo orden que existía en la anterior codificación; es decir, la patria potestad, a falta del padre y la madre, sería ejercida, en primer lugar, por el abuelo paterno, de no ser él, sería por el abuelo materno, posteriormente por la abuela paterna, y por último por la abuela materna.

En esta legislación también podían renunciar los abuelos a su derecho al ejercicio de la patria potestad.

Si la abuela viuda diere a luz un hijo ilegítimo, perdería el derecho de ejercer la patria potestad sobre éste y sus nietos. Lo mismo acontecía si adquiría segundas nupcias y sólo en caso de volver a enviudar, recobraría ese derecho

En la Época Post-Revolucionaria.

En la Legislación Sobre Relaciones Familiares del año de 1917, se estableció por primera vez igualar los derechos para el ejercicio de la patria potestad en el abuelo y la abuela paternos. Recordemos que en las leyes anteriores, sólo el abuelo paterno ejercía ese derecho y la abuela paterna, respecto de todos los abuelos, quedaba en un tercer lugar abajo del abuelo materno. Al efecto, el artículo 241 indicaba que a falta de los padres para el ejercicio de la patria potestad, serían, por su orden, el abuelo y la abuela paternos, y para el caso de que sólo existiera uno de ellos, la patria potestad sería ejercida por el abuelo que sobreviviera.

Esa patria potestad se ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

Los abuelos paternos adquirirían las mismas obligaciones de los padres: dar alimentos y educar convenientemente a los nietos.

También adquirirían los mismos derechos, siendo los siguientes: el de corregir y castigar a sus nietos templada y mesuradamente; el de representarlos legalmente; el de ser administradores legales de sus bienes, teniendo el derecho de recibir la mitad del usufructo de los bienes de aquéllos.

Las causas para terminar la patria potestad, respecto de los abuelos paternos, era las mismas que se señalaban para los padres: por la mayor edad de los nietos, o por su emancipación.

La abuela, cuando pasaban a segundas nupcias, perdía ese derecho, y solamente podía recobrarlo cuando volvía a enviudar.

Si los abuelos paternos renunciaban a su derecho de ejercer la patria potestad, no podrían recobrarlo.

También cualquiera de los abuelos paternos podía ver suspendido ese ejercicio si padecía incapacidad declarada judicialmente, por estar privado de inteligencia, por locura, idiotez o imbecilidad, aún cuando tuviera intervalos lúcidos; o bien por incapacidad declarada de ser sordomudo que no supiera leer ni escribir; o por ebriedad habitual; por su ausencia declarada en forma; y por una sentencia condenatoria que impusiera como pena esa suspensión.

En la Época Moderna.

El actual Código Civil, promulgado en el año de 1928, vigente desde el año de 1932, mantuvo la misma postura respecto de los abuelos paternos que la legislación comentada anteriormente: a falta de los padres, tratándose de hijos habidos dentro de matrimonio, serían los abuelos paternos, quienes en primer lugar entrarían al ejercicio de la patria potestad

Antes de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal del 30 de diciembre del año de 1997, el artículo 414, en sus fracciones II y III, señalaba, a falta de los padres, en qué orden y quiénes ejercerían la patria potestad sobre los hijos de matrimonio. De acuerdo a ese precepto, primero se llamaría a los abuelos paternos para el ejercicio de esa potestad, sin importar su capacidad económica y calidad moral para cumplir con esa obligación; sólo a falta o por imposibilidad de ellos entrarían en sustitución los abuelos maternos

La rigidez de ese precepto discriminaba a la línea materna, dando preferencia a la paterna, sin importar que tal vez los abuelos maternos fueran más capaces, tanto moral como económicamente, para educar y mantener a sus nietos.

De lo anterior se concluyen dos situaciones:

- a) La primera, consistente en un perjuicio para la seguridad del menor, ya que el propio artículo prohibía al juzgador determinar quien sería más capaz para ejercer la patria potestad de entre los abuelos paternos y maternos.

b) La segunda, una abierta desigualdad entre el hombre y la mujer, al otorgar el artículo en comento, preferencia a la línea paterna sobre la materna respecto de hijos nacidos dentro de matrimonio. Siguiendo así, los prejuicios de antaño en donde la figura paterna prevalecía ante la materna. Considerando a la mujer como un objeto, por el simple hecho de haber contraído nupcias, cuando de hecho ambas líneas eran iguales en todos sentidos.

C.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Antes de las reformas del 30 de diciembre de 1997, el criterio adoptado por el legislador tocante a la determinación legal de la filiación paterna y materna, era, por lo que hacía a los hijos habidos fuera de matrimonio, distinta a la de los hijos que nacían dentro de él.

Tal distinción se advertía del contenido del artículo 360 del anterior Código Civil, que establecía que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resultaba, para con la madre, del sólo hecho biológico del nacimiento. Por lo que hacía al padre, la filiación sólo se establecía por el reconocimiento voluntario que hiciera de su hijo, o por una resolución judicial que declarara la paternidad.

Si una mujer daba a luz y no abandonaba al hijo, no requería de ningún acto jurídico especial para que surgiera entre ambos el lazo de filiación; éste quedaba establecido por el sólo hecho del nacimiento, que normalmente tiene lugar con testigos. Sólo y excepcionalmente cuando la madre ocultaba su embarazo, dando a luz sin testigos para abandonar al hijo, o cuando al mismo se le hacía pasar como nacido de otra mujer, habría lugar al reconocimiento posterior por parte de la madre.

Aún con las reformas actuales, tales excepciones siguen estando vigentes, aunque muy difícilmente pueden darse en las grandes ciudades, quizás entre campesinos o indígenas, quienes en ocasiones acostumbran entregar a sus hijos a otras personas por no poder mantenerlos; que se pueda solicitar el reconocimiento con posterioridad.

Por lo que hacía al padre, el anterior Código Civil establecía que la filiación sólo se daría por el reconocimiento voluntario, o por sentencia que declarara la paternidad. El reconocimiento podía hacerse sin necesidad de que los padres contrajeran matrimonio. Este criterio sigue vigente en el actual Código Civil para el Distrito Federal.

Caso contrario sucedía, si la madre abandonaba al hijo, y el padre, sabedor de que él lo había engendrado, ejercía acción de reconocimiento.

Para el caso de que ambos progenitores reconocieran al hijo, los dos ejercerían la patria potestad; sin embargo, el problema nacía del supuesto que ambos padres fallecieran o fueran privados de ese derecho, y siendo el hijo nacido fuera de matrimonio, a falta de padres, evidentemente quienes ejercerían la patria potestad serían los abuelos. En este caso y de conformidad con el texto anterior del artículo 418, sería un Juez de lo Familiar quien con amplias facultades decidiría quiénes de los abuelos ejercería la patria potestad sobre el hijo menor, tomando en cuenta, ahora sí, las circunstancias específicas de cada caso.

En ese artículo la ley resultaba ser más flexible y justa para los intereses del menor sujeto a patria potestad, ya que facultaba en amplio sentido al Juez de lo Familiar a que con su experiencia decidiera, en cada caso particular, y de acuerdo al bienestar del incapaz, quién debería ejercer la patria potestad, si los abuelos paternos o los maternos; sin sujetarse a la dureza e intolerancia del anterior artículo 414, que en forma concluyente señalaba el orden que debería seguirse para ejercer la patria potestad tratándose de los abuelos.

2.2.- DESIGUALDAD SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS ARTÍCULOS 414 Y 418 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ANTES DE LAS REFORMAS DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1997.

Si bien es cierto que las bondades provenientes del anterior artículo 418 del Código Civil, señaladas en los párrafos anteriores, beneficiaban en todo momento la seguridad física y emocional de los hijos nacidos fuera de matrimonio; también lo es, el hecho de que el origen de ese precepto legal estriba en la infame diferencia que se establecía entre el hombre y la mujer; es decir, la desigualdad de sexos, ya que al legislador poco importaba cuáles de los abuelos, paternos o maternos, ejercerían la patria potestad, a diferencia del multirreferido artículo 414, que en forma muy precisa destacaba que los abuelos paternos serían los primeros que ejercerían la patria potestad, pues el legislador tuvo la intención de proteger mayormente a los hijos nacidos dentro de matrimonio, que a los nacidos fuera de éste

Tal situación es fácil de advertir si se toma en cuenta que el actual Código Civil data del año de 1928, época en la que predominaba la figura del hombre sobre la de la mujer, donde los prejuicios de concebir hijos fuera de matrimonio se traducían a la ruina social y moral para aquélla, recibiendo el repudio del núcleo familiar y de la sociedad, la que no perdonaba tales actos por considerarlos inmorales.

Prejuicios aquellos, que se reflejaban en el anterior Código Civil como el vestigio de una sociedad donde imperaba la ley del hombre.

En conclusión, el artículo 418, y sin haber sido la intención del legislador, protegía más a los incapaces habidos fuera de matrimonio que los habidos dentro de él, pues ese insistente proteccionismo, derivado del anterior artículo 414, dejaba más desprotegidos a los hijos nacidos dentro de matrimonio.

Desde hace muchos años el artículo 414, debió adecuarse al diverso 418 del ordenamiento legal en cita, cuando menos desde el año de 1970, fecha en que el entonces Presidente de la República, Luis Echeverría Álvarez, dio un fuerte impulso al derogar y modificar diversas legislaciones para precisar la igualdad del hombre y la mujer.

Finalmente, de la comparación de esos dos artículos se llega a la conclusión irrefutable, que entre el hombre, la mujer y sus descendientes, sí existía un trato social y jurídico desigual.

Desde un punto de vista moral, a los hijos nacidos dentro de la única institución que la sociedad reconoce para formar familia y que es el matrimonio, el Estado pretendía darles mayor protección, considerando que los padres del varón eran los más aptos para ejercer la patria potestad. Ello era así en virtud de las reminiscencias que aún existen de una sociedad patriarcal, donde la figura del hombre era preponderantemente superior a la de la mujer. Razón de mucho peso moral para dar preferencia a los abuelos paternos sobre los maternos en el ejercicio de la patria potestad. Con relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, un Juez de lo Familiar sería el que resolvería respecto de los abuelos cuales resultaban más aptos para llevar a cabo tal ejercicio sobre los incapaces.

CAPÍTULO 3

3.1.- EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

La evolución del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, tanto de su contenido como de su denominación inicial, gestado en el año de 1928 y vigente a partir del primero de octubre de 1932, fue producto de las necesidades de aquella época como una respuesta a la evolución constante de las relaciones de los individuos por tratar de conseguir una igualdad social y jurídica acorde a su tiempo. En la actualidad, su evolución aún deviene de esa necesidad de adecuar los ordenamientos legales al acontecer contemporáneo de las exigencias sociales.

El Código Civil ha sufrido muchas modificaciones desde entonces, con las que se ha pretendido derogar todo aquello que favorecía el interés particular sobre el colectivo, intentando fortalecer el concepto de solidaridad, así como eliminar los dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.

Las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal del 30 de diciembre de 1997, rompieron, por lo que aquí importa, con muchas de las doctrinas que habían prevalecido a lo largo de casi setenta años de existencia de nuestra Codificación Sustantiva, respecto del ejercicio de la patria potestad

En efecto, al igualar los derechos de los ascendientes en segundo grado para el ejercicio de la patria potestad, colocó a la mujer en un plano equitativo ante el hombre. También otorgó mayor seguridad social y jurídica a los hijos menores de edad sujetos a la citada figura.

Las últimas reformas aplicadas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fechas 29 de mayo del año 2000³¹, así como con las publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo del mismo año,³² son el resultado del ejercicio de las facultades con que cuenta actualmente la asamblea legislativa del Distrito Federal, que ha hecho posible emitir un ordenamiento sustantivo civil de aplicación exclusiva en esa jurisdicción.

Por tal motivo, este trabajo sólo trata del actual Código Civil para el Distrito Federal, sin excluir, desde luego, algunas comparaciones necesarias con el cuerpo de leyes federal, en virtud de la trascendencia social que tienen las reformas al régimen jurídico de la familia.

Actualmente, la patria potestad se encuentra regulada en los artículos 411 al 448, del Título Octavo, del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal. Los artículos 415 y 446 fueron derogados por las reformas al citado Código de fecha 28 de abril del año 2000³³, realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. No así el Código Civil Federal que en su texto aún conserva vigentes los citados artículos.

A.- RESPECTO DEL PADRE Y LA MADRE.

Para comprender ese derecho-obligación que ejercen el padre y la madre sobre sus hijos, denominado patria potestad, se debe analizar la causa de donde proviene y que es precisamente la figura de la filiación, que resulta ser la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre y la madre con los hijos.

³¹ ENTRARON EN VIGOR A LOS NUEVE DÍAS SIGUIENTES DE SU PUBLICACIÓN

³² ENTRARON EN VIGOR A PARTIR DEL PRIMERO DE JUNIO DEL AÑO 2000

³³ SON LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADAS EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 25 DE MAYO DEL AÑO 2000

La filiación surge del fenómeno biológico de la procreación, es decir, el padre engendra al hijo y la madre lo concibe. Ese hecho natural se conoce, en el hombre como paternidad y en la mujer como maternidad.

La vinculación que surge a consecuencia del matrimonio establece un principio de certeza en cuanto a la filiación, pues los hijos habidos de mujer casada se presumen del marido, salvo prueba en contrario. Así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya sea por divorcio, nulidad, o por muerte del cónyuge, siempre y cuando la mujer no haya contraído nuevas nupcias. En los dos primeros casos el término de 300 días empezará a contarse desde que los cónyuges queden separados por decreto judicial.

La única prueba admitida por la ley en contra de la presunción de que los hijos habidos en matrimonio son del marido, es la imposibilidad física del cónyuge varón de haber tenido relaciones sexuales con su mujer durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. También se admiten como pruebas todos los avances científicos que se puedan presentar. Esto es así, en virtud de que no puede admitirse que opere una presunción legal en contra de lo imposible y de lo absurdo, principio vigente en nuestro derecho positivo mexicano

Según lo establece el artículo 340 del Código Civil, la filiación de los hijos se prueba con la partida de nacimiento, pero esa partida o acta de nacimiento puede sólo contener el nombre de la madre, si el hijo fue habido fuera de matrimonio y el padre se hubiere negado a reconocerlo en forma voluntaria

Si fue concebido dentro del matrimonio, como se sostuvo con anterioridad, ese hijo se presume del varón, y bastará con que la madre se presente ante el Registro Civil con su acta de matrimonio, para que se le expida, sin necesidad de la presencia de su cónyuge, la partida de nacimiento a favor de su hijo donde conste como primer apellido el paterno.

El actual Código Civil para el Distrito Federal ha prescindido de las denominaciones de "hijos nacidos dentro de matrimonio" y de "hijos nacidos fuera de matrimonio". No así el Código Federal que conserva en su texto esas denominaciones para distinguir el origen de los hijos.

No obstante que el Código Civil para el Distrito Federal omitió esa diferenciación de los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, el sentido de la ley es claro: se siguen regulando ambas situaciones; al respecto, baste con advertir que en el artículo 324, del Capítulo I, del Título Séptimo denominado "De la filiación", se regula la presunción de ser hijos de los cónyuges los habidos dentro de su matrimonio.

Por su parte, el Código Civil Federal denomina su Título Séptimo como "De la paternidad y filiación" y su artículo 324, del Capítulo I, hace referencia muy precisa a los hijos de matrimonio, poniendo especial énfasis en la figura de la paternidad, la que no es citada en el Código Civil local.

De lo anterior, se desprende sin duda alguna que la esencia del Código Civil para el Distrito Federal, es la misma que la del Código Federal, cuestión de redacción e interpretación, nada más.

En igual orden de ideas, la Ley Sustantiva Local, en el mismo Título, pero en el Capítulo IV nombrado "Del reconocimiento de los hijos", sostiene en su artículo 360 que la filiación también se establece con el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos, o por una sentencia firme que así lo declare; y en su diverso 370, al citar que cuando el padre o la madre reconozcan a su hijo separadamente, únicamente se asentará el nombre de quien lo haga, siempre y cuando se trate de un supuesto diferente al establecido en el artículo 324 del mismo cuerpo de leyes, que como ya quedó asentado anteriormente se refiere a los hijos de matrimonio, por lo que claramente se puede concluir que los dos primeros numerales hacen referencia, sin discusión alguna, a los hijos nacidos fuera de matrimonio

Por su parte, el Código Civil Federal, en su capítulo IV, del Título Séptimo, sí habla claramente del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y en su artículo 360, que en opinión personal resulta más preciso y objetivo que su similar de la legislación para el Distrito Federal, establece que la filiación entre la mujer y sus hijos habidos fuera de matrimonio, se da por el simple hecho natural del nacimiento.

Esto es así, pues el código en estudio sostiene que la filiación también se puede establecer por el reconocimiento de la madre, lo que se traduce a que puede existir la presunción de que la mujer a la que se le impute la maternidad de un menor, bien pueda negarse a reconocerlo. Situación que no corresponde a las reales circunstancias que envuelven la concepción y el nacimiento de un hijo, ya que por el simple hecho del parto queda debidamente comprobada la filiación natural o biológica de la madre con el hijo, lo que no sucede con el varón.

En efecto, con relación al hombre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Postura, que con total amplitud y vaga precisión aplica a la mujer el referido artículo 360 de la codificación civil local

No resulta absurdo lo sostenido en párrafos anteriores, ya que el proceso biológico de la maternidad es un hecho existente que se manifiesta de manera objetiva durante todo su periodo evolutivo mediante signos perfectamente perceptibles, en donde la mujer, al momento del parto tiene la obligación indiscutible, quiera o no, de reconocer como suyo al hijo nacido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse objetivamente y para determinarla, el legislador ha debido valerse en ciertos casos de presunciones para declarar judicialmente su existencia cuando el progenitor no reconoce voluntariamente a su hijo.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 369 las formas en que puede reconocerse un hijo, obviamente, aunque no lo señale, se refiere a los nacidos fuera de matrimonio, y que son:

I - Mediante la partida de nacimiento hecha por Juez del Registro Civil. Este caso se refiere al hecho que el padre, la madre o ambos, presenten al menor para registrar su nacimiento. El acta donde quede asentado tal hecho surtirá todos los efectos de un reconocimiento legal respecto del o los progenitores que comparecen. Sin soslayar el hecho de que la madre con el parto demuestra la filiación con su hijo.

II.- Por acta especial ante el Juez del Registro Civil. Aquí, el reconocimiento procede cuando ya ha sido registrado el nacimiento por uno de los progenitores y el otro decide reconocerlo. Por supuesto que se refiere a la figura del padre que posteriormente y en forma voluntaria acepte reconocer a su hijo.

III.- Por escritura hecha ante Notario Público. Esta hipótesis se concretiza ante la fe de un Notario Público, donde el compareciente reconoce que tal persona es su hijo. Nuevamente esta fracción se refiere a la figura paterna.

IV.- Por testamento. En este supuesto la ley previene que el reconocimiento procede mediante testamento, y si el autor de éste lo revoca, el reconocimiento hecho en tal instrumento no será revocable.

V.- Por confesión judicial directa y expresa. En este último caso, se previene que el reconocimiento puede hacerse mediante confesión judicial en forma directa y expresa; es decir, puede darse al contestar la demanda sobre investigación de paternidad o bien en la confesional ha que estará sujeto el demandado.

De concretarse en la vida fáctica cualquiera de esas hipótesis, ambos progenitores ejercerán la patria potestad, aunque no la custodia, pues ésta será ejercida por el primero de los progenitores que hubiere realizado el reconocimiento. Si ambos lo hicieren al mismo tiempo y no vivieren juntos, deberán ponerse de acuerdo en quién de ellos ejercerá la custodia. En caso de discrepancia el Juez de lo Familiar resolverá sobre el particular.

Esos son los únicos modos que, por tratarse de un acto solemne, la ley civil prevé para el reconocimiento de un hijo.

Sentado lo anterior, y habiendo quedado perfectamente entendido el principio biológico de la filiación que da origen a la institución de la patria potestad, se pasa a señalar quienes son los únicos que actualmente pueden ejercerla, según lo dispone el artículo 414 del Código Civil en comentario, y son:

En primer término, el padre y la madre, a falta de uno de ellos, el que sobreviva. Para el caso de que uno de ellos sea condenado a la pérdida o suspensión de ese ejercicio lo aplicará el otro. Tal disposición encuentra su fundamento en la aceptación jurídica de que el ejercicio de la patria potestad es un derecho privado y de interés público, por lo que los primeros en ejercerla serán siempre los padres de los menores de edad.

Ese derecho-obligación será ejercido por ambos padres. Esto no puede entenderse de otra manera, en virtud que para el Código Civil hombres y mujeres son iguales en sus derechos y obligaciones. Más aún por lo que hace a los hijos nacidos de hombre y mujer casados, pues existe, por imperio de ley, igualdad dentro del matrimonio, y como lógica consecuencia el ejercicio de la patria potestad será coligado.

Justamente la ley civil no establece una diferencia de poderes y facultades entre el padre y la madre, por lo que todos los deberes, cargas y prerrogativas, inherentes al ejercicio de la patria potestad serán ejercidos mancomunadamente por aquellos. No obstante lo anterior, pueden llegar a surgir discrepancias entre los padres respecto de la aplicación de ese ejercicio, en tal caso, podrán acudir ante un Juez de lo Familiar quien podrá resolver lo que más convenga a los intereses primordiales de los hijos.

Como consecuencia de las anteriores apreciaciones, puede considerarse como fuente real de la patria potestad, el hecho biológico de la concepción, por lo que hace a

los hijos nacidos de matrimonio, ya que se presume padre del menor al hombre casado con la mujer que dio a luz al hijo.

Resulta importante señalar que el artículo 414 del actual Código Civil para el Distrito Federal es omiso en incluir la figura del o los adoptantes dentro de los sujetos activos que pueden ejercer la patria potestad, no obstante que al momento de concretarse la figura de la adopción los padres biológicos transmiten esa potestad a aquellos. Razón de mucho peso para que sean incluidos en el precitado artículo, ya que el código en comento los trata en artículo por separado.

Tal señalamiento no se emite de manera ligera, por el contrario, deviene de la interpretación conjunta del contenido de los artículos 293, 410-A, 412, 414 y 443 del Código Civil para el Distrito Federal, y que literalmente establecen:

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo ”

“Artículo 410-A. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.”

“Artículo 412. 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.”

“Artículo 414. 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.”

“Artículo 443. 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,

IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad el adoptante o los adoptantes.”

De la recta interpretación de los citados numerales, se desprende que la propia ley iguala al adoptado con el hijo consanguíneo del o los adoptantes, a tal grado que éstos pasan a ocupar el rol de padres, ya que entre ellos existen las mismas consideraciones, obligaciones y derechos que se dan entre los hijos y los padres biológicos, incluso con los familiares de los adoptantes, pues surge el hecho irrefutable de que el o los adoptantes, por imperativo de ley, pasarán al ejercicio pleno de la patria potestad al darse la adopción, y que, por lo tanto, no es un derecho-obligación nuevo que inicia cuando ya no lo ejercen los padres biológicos, por el contrario, es el mismo que se continúa por medio de una transmisión. A más, que no existe dentro de la legislación civil dispositivo alguno que limite o mine ese derecho-obligación a los adoptantes por el sólo hecho de haber sido adquirido mediante la adopción; por lo que se puede concluir, sin vacilación alguna, que la institución de la patria potestad es una sola, que no existen diversas clases de la misma, ni se divide, ni se acaba o extingue, simple y llanamente se traslada, por lo que lo correcto sería incluir en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, la figura del o los adoptantes dentro de los sujetos activos que pueden ejercer la patria potestad sobre los menores de edad, ya que actualmente sólo considera a los padres y a los ascendientes en segundo grado.

Incluso, en apoyo a lo anterior, puede darse el caso de que los padres biológicos de un menor lo den en adopción, y la patria potestad nunca la lleguen a ejercer ninguno de los ascendientes en segundo grado al pasar directamente al o los adoptantes. En este supuesto se habla de la misma institución que nació de la filiación, y no desaparece o se extingue por adopción, se insiste, sólo se traslada a diversas personas

B.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.

La postura del actual Código Civil para el Distrito Federal de mantener en sus términos exactos el artículo 414, reformado en el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, el 30 de diciembre de 1997, se fundó en buscar un trato igual para todas las mujeres y sus hijos. Dicho artículo 414 establece que a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia que les impida ejercer la patria potestad, lo harán los abuelos, paternos o maternos, siendo un Juez de lo Familiar quien determinará el orden en que se ejercerá ese derecho tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

Esa nueva postura de la ley permitió que desaparecieran totalmente las desventajas que tenían los abuelos maternos ante los paternos, colocando a la mujer y sus hijos en un plano de igualdad social y jurídica ante su cónyuge. Admitiendo que los padres de aquélla, llegado el caso, puedan tener intervención inmediata en el ejercicio de la patria potestad; obvio, con anuencia de un impartidor de justicia en materia familiar

Y sólo, como es sabido, los abuelos maternos, que, se insiste, se encuentran en igualdad de condiciones respecto de los paternos intratándose del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos dentro de matrimonio; podrán negarse a ejercer ese derecho, que no es renunciable, si llegan a encuadrarse en las excepciones contenidas

en el artículo 448 del multirreferido Código Civil, que establece que quien ejerza la patria potestad podrá excusarse de esa obligación cuando tenga 60 años cumplidos o cuando su mal estado habitual de salud le impida cumplir debidamente con esa tarea.

Desde luego que ese precepto legal está dirigido inicialmente a los ascendientes en segundo grado, pues por cuestión lógica y biológica son los primeros en llegar a esa edad y quienes, por lo mismo, son más propensos a sufrir deterioro en su salud física

Visto desde otro ángulo, curiosamente el artículo 414 también deja en igualdad de circunstancias a los abuelos paternos ante los maternos, pues recordemos que anteriormente, por ser abuelos de hijos nacidos dentro del matrimonio, a falta de los progenitores, por exigencia de la ley, ellos serían los primeros en pasar a ejercer la patria potestad y sólo podrían excusarse a cumplir con su cometido si se encuadraban en alguna de las dos excepciones citadas con anterioridad.

Esto resulta así, pues en ocasiones sucede que los medios económicos con que cuentan los abuelos paternos para sufragar los gastos de sus descendientes son muy inferiores a los de los abuelos maternos; o bien sus principios morales y sociales son de diferente o menor calidad, y al faltar los progenitores, de acuerdo a la anterior disposición, los hijos pasaban al cuidado de los abuelos paternos.

Esos factores evidentemente no eran contemplados por la anterior codificación debido a la misma severidad con que imponía el orden en que debería de ejercerse la patria potestad

Ahora las cosas son distintas, será exclusivamente el juzgador quien decida, de acuerdo a todas las circunstancias que envuelvan el caso que atienda, en quienes recaerá el ejercicio de ese derecho-obligación.

C.- RESPECTO DE LOS ABUELOS DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Como quedó asentado con anterioridad, la actual Legislación Civil para el Distrito Federal omitió de su texto las denominaciones de "hijos habidos dentro o fuera del matrimonio". Esa postura de los asambleístas fue consecuencia de la reforma al artículo 414 del entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997; fundándose en intentar crear una conciencia social de acuerdo a esta época moderna, haciendo a un lado viejas intolerancias sociales y buscando un trato igual para todos los hijos sin importar el origen de su concepción, tratando de evitar con ello críticas que por cuestiones de falsa moral sufrían los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Pero, desafortunadamente, la omisión de esas denominaciones de ninguna forma desaparece o transforma la realidad social y jurídica que aún persiste respecto de los hijos que nacen fuera de matrimonio. Es por ello que en este apartado, como en otros, se insiste en usar la terminología de hijos habidos dentro y fuera de matrimonio, y porque, además, esa diferenciación, sin denominación, sigue siendo regulada dentro del Código Civil para el Distrito Federal tal y como quedó demostrado en pasada exposición en esta tesis, baste con tener presente lo examinado con anterioridad.

Contrario a lo que pueda creerse, las reformas del legislativo al artículo 418 del anterior Código Civil, para igualar los derechos de la mujer ante el hombre, jurídicamente no afectaron en nada la posición de los abuelos maternos o paternos de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Debe recordarse que el anterior artículo 418 del entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, regulaba el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio bajo una

errada percepción moral producto de la época en que fue creado, ya que a falta de los padres poco interesaba quien la ejercería. Postura que perduró hasta nuestros días. No obstante ello, ese precepto legal otorgaba mayor seguridad jurídica (no social), a los hijos habidos fuera del matrimonio que a los nacidos dentro de él.

Ese artículo 418, evidentemente tuvo que ser reformado al capturar su esencia el actual artículo 414 del multirreferido cuerpo de leyes para el Distrito Federal, tomado una concepción muy distinta a la que entonces tenía, la que no interesa a este estudio

Así es, lo único que importa saber es que el legislador con las reformas publicadas el 30 de diciembre de 1997, adecuó el principio jurídico del numeral 418 al actual artículo 414; buscando, ahora sí, un concepto real de igualdad social, que, contrario al legal, como se dijo anteriormente, ya existía en el numeral 418, por tanto que daba un trato igual a los abuelos maternos con los paternos.

Como se dijo, hoy en día el trato social pretende ser el mismo, el Estado y la sociedad se interesan, a falta de los progenitores, en que quienes vayan a ejercer la patria potestad sean aptos e idóneos para el cargo sin importar si los hijos provienen o no de un enlace civil.

Un punto muy importante que la ley omite, y que de ninguna manera puede soslayarse, es el relativo al ejercicio de la patria potestad sobre los menores adoptados a falta de sus padres adoptivos.

Así es, lamentablemente el actual Código civil para el Distrito Federal resulta totalmente omiso en precisar quiénes, a falta de los padres adoptivos, ejercerán la patria potestad sobre los hijos adoptados; pues en su contenido no se menciona nada sobre la situación jurídica y social que sufrirá el adoptado a falta de su padre o madre adoptivos

Sólo partiendo del mismo criterio interpretativo citado en anterior apartado, que se fundó en el hecho de que la patria potestad sobre el adoptado la ejercerán él o los adoptantes y que aquél se equipara al hijo consanguíneo, rompiendo toda relación de parentesco con los familiares de sus padres biológicos; es que puede obtenerse como posible respuesta conclusiva que los padres de los adoptantes deberían ser considerados como sus abuelos, y por lo tanto con derecho y obligación a ejercer la patria potestad.

Ello resulta así, pues si el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, es claro que tiene el derecho de que alguien procure por su seguridad y desarrollo físico y psicológico durante su minoría de edad mediante el ejercicio de la patria potestad sobre su persona; y si es equiparado al hijo consanguíneo, es evidente que los ascendientes de sus padres adoptivos deberían tener la obligación y el derecho de ejercer la patria potestad.

De ser correctas estas apreciaciones, los assembleístas tendrían que derogar el contenido de la fracción IV, del numeral 443 de la legislación en cita. Pues, de no hacerlo, persistirá esa inmensa laguna respecto de quienes ejercerán la patria potestad sobre los menores adoptados a falta de sus padres adoptivos; desde luego, se habla de la adopción donde no existe vínculo de parentesco consanguíneo con el menor que se pretenda adoptar.

3.2.- IGUALDAD SOCIAL DERIVADA DEL ARTÍCULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Gracias a que la reflexión del artículo 418 del anterior Código Civil, fue incluida en el actual artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, se obtuvo un beneficio en cuanto a la seguridad física y emocional de los hijos nacidos dentro de matrimonio. Ello es así, debido a los grandes cambios que ha sufrido la sociedad civil mexicana, que ha buscado en todo momento terminar con las diferencias que existen entre el hombre y la mujer.

Actualmente, el multirreferido artículo 414 del citado código establece en forma muy precisa que de acuerdo a las reales circunstancias del caso que conozca el Juez de lo Familiar, determinará de entre los abuelos maternos y paternos quienes serán los primeros en ejercer la patria potestad sobre sus nietos, sin importar si fueron concebidos dentro o fuera de matrimonio.

De esa forma, la sociedad muestra interés en terminar con el predominio de la figura del hombre sobre la de la mujer. Acabando con la falsa moral que existía sobre los hijos habidos fuera de matrimonio, así como con los prejuicios de una sociedad donde imperaba la autoridad del hombre. Autoridad que no tenía razón de ser en virtud de que la mujer es tan capaz o más que el hombre. Sobre todo por que en aquella recae en muchísimas ocasiones la responsabilidad de atender a la familia en su estructura formativa como si fuera su pilar.

En conclusión, las reformas al artículo 414 del Código Civil, otorgan una verdadera igualdad social entre la mujer casada y sus hijos con su cónyuge, al interesarse exclusivamente por quienes velarán por la seguridad de los menores de edad para que puedan convertirse en ciudadanos útiles. Así, esa protección que la ley sólo daba a un sector de la sociedad, se generalizó para abarcar a todos sus integrantes, provocando una verdadera igualdad social entre los gobernados.

CAPÍTULO 4

4.1.- IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Para comprender este apartado, se tratara de explicar brevemente el significado de "Igualdad Jurídica" y de "Derecho Positivo", para así entender la postura del hombre y la mujer ante la sociedad y la ley.

La concepción de la igualdad dentro del mundo del derecho es considerada como un ideal igualitario y como un principio de justicia. Estos dos aspectos de la concepción de igualdad aparecen en la noción de "garantía de igualdad" propia de la dogmática constitucional.

Es en la filosofía estoica donde se forjó el ideal ético de la humanidad: la igualdad de todos los seres humanos sobre la base de la naturaleza racional de los mismos; la que proclamaba la igualdad de griegos, bárbaros, aristócratas, plebeyos, libres y esclavos. La conclusión de la *recta ratio* era la idea de un derecho universal.

La igualdad, por otro lado, es considerada elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera, en las mismas circunstancias y cuyas relaciones, en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas. El requerimiento de igualdad no significa "lo mismo para todos". El requerimiento igualitario de la justicia significa que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual y por otro, los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes.

La igualdad requiere de reglas fijas, porque si éstas llegan a ser modificadas durante el proceso de valoración de cualquier circunstancia, la misma puede ser alterada en perjuicio o en beneficio de alguien. También requiere de imparcialidad, en el sentido de que la discriminación o el favoritismo en el trato a los individuos sólo deberá hacerse en virtud de circunstancias relevantes.

Lo anterior, es lo que convierte a las reglas fijas y a la imparcialidad en elementos indispensables para entender la "Igualdad Jurídica", la que si bien es cierto, garantiza el orden jurídico, ello de ninguna manera significa que las personas tengan siempre los mismos derechos y facultades.

La igualdad, considerada así nada más, resulta jurídicamente inaceptable, pues en la realidad es inadmisibles que a los seres humanos se les impongan las mismas obligaciones y se les otorguen los mismos derechos sin hacer ninguna distinción entre ellos; es decir, entre los menores de edad, los hombres, las mujeres, los incapacitados, los extranjeros, etcétera. Ello no significa que el principio de igualdad en las relaciones jurídicas deba hacer diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas como puede ser, la raza, el credo religioso, la clase social, etc.

Este es un aspecto importante en la idea de la "Igualdad Jurídica", que significa que las instituciones que crean y aplican el derecho no pueden tomar en consideración, en el trato de individuos, diferencias excluidas por el orden jurídico, los órganos de aplicación sólo pueden tomar en consideración las diferencias aceptadas por las normas de un orden jurídico. Entendida así la "Igualdad Jurídica", abordemos el significado del "Derecho Positivo".

Hablar del "Derecho Positivo" es referirse al Derecho establecido por actos humanos en una determinada comunidad. Significa "Derecho Existente" e implica que el objeto al que se refiere realmente existe como Derecho, que opera, que es efectivamente seguido por los ciudadanos y aplicado por el Estado.

En ese sentido el "Derecho Positivo" se opone al Derecho que deja de ser eficaz y pierde validez; en particular, se contraponen al material legislado que es sustituido por práctica o costumbre en contrario. Derecho Positivo contrasta, en este sentido, con los textos que no son efectivamente seguidos o aplicados. Es necesario, además, que sea efectivamente aplicado y observado; necesita existir como Derecho. En esto reside su carácter de histórico: ser el Derecho de determinada comunidad.

De esta forma, el "Derecho Positivo" no es sólo aquel creado por una determinada instancia, sino el realmente utilizado y observado, por ello, según el profesor EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, "El derecho positivo es el efectivamente seguido y aplicado"³⁴

Comentado lo anterior, se pasa a explicar la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el derecho positivo mexicano

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comienza con la declaración de garantías individuales en su primer artículo, del que se puede decir que es la parte axiológica de la ley fundamental y el basamento de la organización política.

El Artículo Primero establece:

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".³⁵

De ese dispositivo constitucional se desprende el principio básico que establece que los derechos ahí consignados y su protección pertenecen a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, raza o creencia.

³⁴ GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO" EDITORIAL PORRÚA S.A. 1977. PÁG. 46

Por su parte, el Artículo Cuarto Constitucional, en su segundo párrafo, asienta la Igualdad Jurídica del hombre y la mujer, que en lo conducente reza:

*"...El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".*³⁶

Ese precepto, sin duda alguna, consagra la "Igualdad Jurídica" del hombre y la mujer. Aunque, cierto es que antes de su reforma, publicada el 31 de diciembre de 1974, diversas leyes secundarias se aplicaban por igual a varón y mujer, también lo es, el hecho de que en materia laboral y civil, existían diversas excepciones producto de la tradición que estimaba a la mujer un ser más débil y menos preparada que el hombre, por lo que la ley le prohibía realizar ciertos actos por sí misma. En el "Derecho Positivo" mexicano esto ha cambiado.

Actualmente en casi todas las diferentes ramas del Derecho existe igualdad social y jurídica entre el hombre y la mujer; aunque prevalecen diversas disposiciones que, en apariencia, protegen más a la mujer que al hombre, esto no resulta así; ya que debe recordarse la exégesis de lo que realmente es la "Igualdad Jurídica" y que estriba, precisamente, en que los iguales deben ser tratados igual y los desiguales deben ser tratados tomando en cuenta sus diferencias relevantes.

Tal reflexión se encuentra actualizada y es observable en el ámbito del Derecho, por ejemplo, en materia laboral, donde a las mujeres se les da un trato distinto que al de los hombres. En efecto, la actual Ley Federal del Trabajo regula el régimen laboral de las mujeres, producto de un estudio pormenorizado, que, fundado en las características de su peculiar constitución, se encuentra regulada por un régimen especial de trabajo que, en principio, protege la gestación, lo que no significa que las limitaciones al trabajo se refieran a la mujer como ser humano, sino en tanto a que biológicamente realiza la función de la maternidad.

³⁶ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EDITORIAL ALCO, S.A. 1999

En tal virtud, se prohíbe la utilización de las mujeres en labores insalubres o peligrosas, en trabajos nocturnos industriales, en establecimientos comerciales después de las diez de la noche o en trabajos extraordinarios, siempre y cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o del producto, bien sea durante la gestación o la lactancia. Cabe advertir, que en los supuestos mencionados la madre trabajadora no podrá sufrir perjuicio alguno en su salario, prestaciones y derechos.

Con el propósito de preservar el desarrollo normal de la maternidad, a la mujer se le reconocen los siguientes derechos: no realizar durante el embarazo esfuerzos que reporten un peligro para la gestación, como pudiera ser el levantar, empujar o tirar grandes pesos que pudieran producir trepidación; disfrutar de un periodo especial de descanso durante seis semanas anteriores y seis posteriores al parto, pudiendo prorrogarse estos periodos por todo el tiempo necesario, cuando por causa del parto o del embarazo no pudiera trabajar. Así, los reclamos de la mujer por ser tratada de igual forma que el hombre, se ven colmados, en materia laboral, mediante lo instituido en el artículo 164 de la Ley Federal del Trabajo que previene que las mujeres disfrutarán de los mismos derechos, y tendrán las mismas obligaciones que los hombres.

En materia familiar, la mujer actualmente se haya más protegida ante el hombre, sobre todo cuando del bienestar de los hijos se trata.

Así, pues, queda evidenciado que la igualdad entre el hombre y la mujer sigue evolucionando en beneficio de ésta, la que durante épocas pasadas vivió bajo la sombra del hombre, siendo considerada como un objeto reproductor, destinado al trabajo doméstico, subestimando sus verdaderas capacidades, que en muchas ocasiones son superiores a las del hombre.

4.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La igualdad existente entre el hombre y la mujer en el Código Civil vigente, se encuentra contemplada en su artículo segundo el que literalmente establece:

“Artículo 2o. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.”¹³⁷

Los orígenes de ese precepto se encuentran en el Código Civil de 1928, receptor de las nuevas corrientes del pensamiento dejadas sentir en los inicios del siglo XIX, que plasma el ideal por el que se había luchado durante mucho tiempo: la igualdad del hombre y la mujer en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles

Así, ese precepto recogió desde la promulgación del citado ordenamiento civil, las modernas tendencias hacia la eliminación de las diferencias de capacidad dependientes del sexo, suprimiendo limitaciones que sufría la mujer ante el hombre en diversos aspectos de la vida civil.

Desde el año de 1917, la Ley de Relaciones Familiares inicia la corriente legislativa en ese sentido, pues esa ley desvanece antiguas restricciones que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 establecían a la mujer, y que la colocaban en una calidad inferior ante el hombre. Estos Códigos se caracterizaron por establecer la preeminencia del varón sobre la mujer, quien de soltera permanecía sujeta a la autoridad del padre y casada quedaba sometida a la potestad del marido.

Con la Ley de Relaciones Familiares se abolieron en gran medida las instituciones que reconocían la supremacía del marido sobre su esposa, para ser sustituidas por un orden en el que los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí y con los hijos, se apoyara en bases más racionales y justas.

Aunque la Ley de Relaciones Familiares estableció que la patria potestad se ejercería conjuntamente por el padre y la madre, y que el marido y la mujer tendrían en el hogar autoridad propia y consideraciones iguales, por lo mismo, de común acuerdo arreglarían todo lo relativo a la educación de los hijos; y que el marido y la mujer tendrían plena capacidad, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que al efecto necesitara la esposa del consentimiento del esposo, ni éste autorización de aquélla; no hizo una declaración como la que contiene el artículo segundo del Código Civil en vigor.

En armonía con lo dispuesto por el artículo en comentario, diversos preceptos del mismo Código Civil confirman esa igual capacidad jurídica. Se preceptúa, por ejemplo, que la mujer como el varón al llegar a la mayoría de edad tienen la libre disposición de su persona y de sus bienes, y que gozan de plena capacidad para celebrar toda clase de actos; que la mujer y el hombre tienen capacidad para ser tutor o tutriz, fiadores, testigos en testamento, albaceas y para ejercer el mandato; y que la mujer en el matrimonio tiene autoridad y consideraciones iguales a las del marido.

Resulta pertinente hacer notar que el Código Civil promulgado en 1928, postuló ese principio de igualdad, 47 años antes de que la "Organización de las Naciones Unidas" aprobara la declaración contra la discriminación de la mujer en el año de 1975.

Sin embargo, ha sido preciso reformar varios preceptos del Código Civil que contenían restricciones a la capacidad jurídica de la mujer. Ya se ha dicho que en el Código de 1928, se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciendo que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Como consecuencia de esa equiparación, a la mujer se le dio domicilio propio, se estableció que sin necesidad de autorización marital podría servir un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con tal que no desatendiera la dirección y los trabajos del hogar.

La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal si así lo hubiere convenido con su esposo.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente.

Al llegar a la mayor edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos. No pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores aun cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias.

La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar, se ha abierto las puertas para dedicarse a todas las actividades económicas, profesionales y sociales. En muchos países toma parte activa en la vida política; en tales condiciones era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil sustentada por el código sustantivo anterior.

4.3.- EN LA SOCIEDAD.

No obstante los logros obtenidos por la mujer, lo cierto es que sigue siendo el pilar en la solidificación e integración de la familia mexicana actual; pues aunque se dedique a labores distintas de las del hogar, como puede ser una actividad profesional, sigue siendo, en gran medida, la encargada del trabajo y cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación es consecuencia de las limitaciones que históricamente se han impuesto a la mujer en su desarrollo social, económico y cultural, cuyos efectos no pueden borrarse de manera inmediata en toda la sociedad; sino que esas limitaciones serán erradicadas, de manera inaplazable, con la constante transformación de nuestra sociedad civil, pues a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, la realidad es que aún existen reminiscencias del pasado que la siguen limitando en muchas facetas.

Lo expuesto, significa que mientras esa igualdad no se aplique realmente en la sociedad, no podrá existir un verdadero equilibrio entre el hombre y la mujer. Esto se advierte de la realidad social de que en muchas familias mexicanas el ingreso económico para sufragar los gastos inherentes a las mismas aún proviene del varón, lo que resulta determinante en la estructura familiar citada en parágrafo anterior.

4.4.- EN LA JURISPRUDENCIA.

Para analizar la Igualdad Jurídica del hombre y la mujer en la Jurisprudencia mexicana, primero tiene que determinarse lo que debe entenderse por "Jurisprudencia", por lo que se abordarán criterios de dos juristas distinguidos en el Derecho mexicano

El maestro ALFONSO NORIEGA, sostiene lo siguiente.

"La doctrina siempre ha considerado a la jurisprudencia como una fuente del derecho. Tradicionalmente se han clasificado las fuentes del derecho, en fuentes reales, fuentes formales y fuentes históricas o bien, en fuentes directas e interpretativas. Ahora bien, en mi opinión, la jurisprudencia como fuente de derecho, es una fuente formal, material, directa e interpretativa. Es fuente formal, porque la jurisprudencia se equipara a la misma ley en su fuerza obligatoria, sin llegar a constituir formalmente una norma jurídica; pero puede ser un elemento valedero para la integración de una disposición legal, en un caso concreto. Es fuente material, porque por sus funciones de confirmar, suplir e interpretar la ley, desentraña el espíritu de la misma, aportando al derecho, el significado original de la ley. Es fuente directa, en tanto que la ley no puede prever todas las inestables situaciones y reglamentarlas en su debida forma, por lo que la jurisprudencia en diversas situaciones de silencio en la ley, integra el derecho, erigiéndose en este caso concreto como fuente directa del mismo. Es fuente interpretativa al desempeñar el significado de todas las formas jurídicas definiendo el espíritu del legislador."³⁸

El jurista IGNACIO BURGOA ORIHUELA la define así:

"La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen

³⁸ NORIEGA IR ALFONSO "LECCIONES DE AMPARO" EDITORIAL PORRUA S.A. 1975 PAG 982

*en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley.*³⁹

Por lo anterior, se puede considerar, en términos amplios, que la Jurisprudencia es una fuente del derecho, considerada como la ciencia encargada de desentrañar el significado verdadero de las leyes, mediante interpretaciones de uno o varios puntos de derecho determinados que surgen en ciertos casos concretos y semejantes que se presentan en la vida jurídica diaria, y que hacen la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito, las que son de aplicación obligatoria para todos los tribunales de inferior grado.

Consecuentemente, la Jurisprudencia, y las Tesis aisladas emitidas por el Poder Judicial Federal, son un fiel reflejo de sus criterios jurídicos sustentados en las ejecutorias que les dieron origen, desentrañando el verdadero sentido que se plasmó en ellas. Así, puede advertirse de ellos una verdadera búsqueda por la igualdad social y jurídica del hombre y la mujer. Aunque en ocasiones su postura resulta conservadora en la interacción existente entre el varón y la mujer, sobre todo en materia familiar; no obstante ello, se observa una dinámica social que empuja a un cambio que intenta colocar verdaderamente en un mismo plano a la mujer y que realmente es advertido en nuestra sociedad mexicana.

Ahora bien, la justificación de que en este apartado se citen Tesis aisladas que no constituyen Jurisprudencia, y que por lo tanto no resulta obligatoria su aplicación, estriba en el hecho de que es válida su invocación por tribunales de inferior jerarquía de aquellos que las emitieron, pues sirven para sustentar los criterios en que funden sus fallos al hacer el estudio jurídico de las cuestiones planteadas, y si resultan aplicables, acatarlos a los casos de que se trate.

Es por esto, que resulta importante la cita de diversos criterios que, aunque no han causado Jurisprudencia, sí están actualizados y vigentes en el Derecho mexicano. Por lo tanto, se pueden observar las siguientes Jurisprudencias y Tesis aisladas, que hablan de la igualdad Social y Jurídica entre hombre y mujer:

“Alimentos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 164 del Código Civil la mujer cumple con el deber de contribuir con el sostenimiento del hogar cuidando de él. El matrimonio es una institución de orden público por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los juicios de divorcio necesario sea preciso que la causal invocada quede plenamente demostrada a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento alegado que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación del cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común. Según el artículo 162 del Código Civil los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los efectos del matrimonio no son únicamente patrimoniales, sino que existen derechos y obligaciones de ambos cónyuges que se manifiestan en los deberes íntimos de la relación: de cohabitación, débito conyugal y fidelidad; y los no necesariamente personalísimos como son los de ayuda mutua y de asistencia. En el matrimonio debe de prevalecer el interés siempre superior de la familia, por lo que en el caso se trata no sólo de una función biológica sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo impuesto por el artículo 162 del Código Civil para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. Cabe destacar que uno de los deberes que impone el matrimonio es el de socorro y ayuda mutua que descansa siempre en la solidaridad de la pareja y tiene por objeto realizar los fines superiores de la familia. Una de las manifestaciones del derecho-obligación que se analiza es la relativa a la ministración de alimentos que la ley impone a los cónyuges; pero no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial, sino también a la ayuda de carácter moral y material que mutuamente deben dispensarse

“Ahora bien, la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge
“deudor, debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad
“económica del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos. Al respecto el
“artículo 311 del Código Civil dispone que los alimentos han de ser proporcionados a las
“posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos
“Originalmente en los Códigos Civiles de 1870 (artículos 200 a 202) y de 1884 (artículos
“191 a 193) el marido debía proteger y dar alimentos a la mujer, aunque ésta no hubiera
“llevado bienes al matrimonio, y la mujer debía atender lo doméstico, la educación de los
“hijos y la administración de los bienes y cuando la mujer tuviera bienes propios debía dar
“alimentos al marido, cuando éste careciere de aquellos y estuviere impedido de trabajar
“Con diferente redacción pero del mismo perfil fue adaptado ese contenido en el artículo
“42 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, señalando que el marido debía dar alimentos
“a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. El
“Código Civil de 1928 siguió los mismos lineamientos en su artículo 164. En la reforma
“publicada en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil
“novecientos setenta y cuatro, se modificaron los textos que hemos citado y aun cuando
“se dejaron latentes los principios, su redacción tiene la inspiración de la igualdad jurídica,
“política, económica y social de la mujer con el hombre, pues se establece a cargo de los
“cónyuges (tanto de él, como de ella) la contribución económica para el sostenimiento del
“hogar, su propia alimentación y la de sus hijos, sin perjuicio de distribuirse esas cargas
“en la forma y proporción que ellos convengan y de acuerdo con sus propias
“posibilidades. La causal de divorcio prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código
“Civil para el Distrito Federal en relación con el artículo 164 del mismo código, si bien es
“cierto que surgió para ajustar la legislación a la realidad social a efecto de regularizar la
“situación jurídica y fáctica de la pareja; tales disposiciones deben interpretarse en el
“sentido de que el varón es el que trabaja y está obligado a allegar los medios
“económicos para el sostenimiento del hogar y la mujer sólo está obligada a la
“contribución económica cuando se compruebe que obtiene remuneraciones por su
“trabajo o ingresos de sus bienes; de no ser así, existe la presunción de que necesita
“alimentos por ser hecho notorio que dentro de la familia mexicana actual, es ella la que

“se encarga del hogar y del cuidado de los hijos y de esta forma cumple con su obligación prevista por el artículo 164 del Código Civil. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con el trabajo y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en una realidad generalizada. Ahora bien, como la presunción emana de este hecho, debe subsistir hasta que esa situación real desaparezca, siempre que no exista alguna disposición legal expresa en contrario.”⁴⁰

“Alimentos. Pueden formar parte de la obligación de sostener el hogar conyugal o una obligación directa y, por tanto, desvincularse (Legislación del Estado de México). Del texto del artículo 150 del Código Civil de la entidad, se infiere que está encausado respecto de dos obligaciones, una de carácter general, relativa al sostenimiento del hogar conyugal, y otra de índole particular, la concerniente a la ministración de alimentos. Dicho numeral dispone que, por regla general, ambas obligaciones son a cargo del marido y excepcionalmente, cuando la mujer tiene bienes propios, desempeña algún trabajo o una profesión, oficio o comercio, debe contribuir al sostenimiento del hogar conyugal, en la medida y condiciones que establece. De igual manera dispone que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Por tanto, resulta indiscutible que en una resolución judicial pueden coexistir la condena al marido a pagar alimentos a su esposa, en una

⁴⁰ Tomo IV, Agosto de 1996. Tribunales Colegiados de Circuito, Pág. 625. Novena Época.

“determinada proporción de sus ingresos como trabajador, así como la condena a la esposa, a contribuir al sostenimiento del hogar en una específica proporción de sus propias percepciones.”⁴¹

“Artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche. Viola la garantía de igualdad que tutela el artículo 4o. Constitucional. Desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: “trato igual a los iguales no es igual a los desiguales”. Por otra parte, debe decirse, que el adulterio entraña una ofensa al cónyuge inocente, y en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que debe imperar en ese núcleo. Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche, contiene la siguiente disposición el adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes. I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal, II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima. Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el

⁴¹ Tomo VII, enero de 1996, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta de los Tribunales Colegiados de Circuito, Pag. 1054 Novena Época

“hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias “agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguiente, si tanto el “hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la “hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de “la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan “determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones “infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el artículo 4o. de la Constitución “General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir, que el artículo 288 del “Código Civil para el Estado de Campeche es Inconstitucional.”⁴²

“Alimentos. Mujer casada no debe presumirse su obligación de proporcionarlos. Si “en el juicio no se justifica que la cónyuge ejerce una profesión, oficio o comercio, ello “conduce a considerar que se dedica al manejo del hogar conyugal y a la educación de “los hijos, por lo que no puede imponersele la carga económica alimentaria, ni distribuir “en menor porcentaje los ingresos del demandado; pues es de sobra conocido que en la “familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para “sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con el cuidado de la “casa, la administración doméstica y la atención de los hijos, pues a pesar de haberse “elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, “es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en “realidad, acreditando que la mujer casada labora y por ende percibe como “contraprestación a sus servicios un ingreso, o bien que tiene bienes propios, no se “puede deducir que ésta tenga obligación de contribuir a sufragar las necesidades “alimenticias pues esta obligación recae en el esposo.”⁴³

⁴² Tomo II, noviembre de 1995 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta de los Tribunales Colegiados de Circuito Pag. 502. Novena Época

⁴³ Tomo XIV, julio 1996 Semanario Judicial de la Federación Pag. 417. Novena Época

“Alimentos. La presunción de necesitarlos no es exclusiva de la cónyuge mujer. De “los artículos 162, 164, 301 y 302 del Código Civil para el Distrito Federal, deriva la “obligación de los cónyuges de socorrerse mutuamente, de contribuir económicamente al “sostenimiento del hogar y de proporcionarse alimentos en forma recíproca; lo anterior “confirma, de principio, una equiparación legal en ese rubro entre el hombre y la mujer “Originalmente, en los códigos civiles de 1870 (artículos 200 y 202) y de 1884 “(artículos 191 a 193), el marido debía proteger y dar alimentos a la mujer y a ésta “correspondía atender lo doméstico, la educación de los hijos y la administración de los “bienes y sólo cuando la mujer tuviera bienes propios debía dar alimentos al marido, “cuando éste careciera de aquéllos y estuviere impedido para trabajar Con diferente “redacción pero con el mismo perfil fue adaptado ese contenido en el artículo 42 de la “Ley Sobre Relaciones Familiares, señalando que el marido debía dar alimentos a la “mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. El Código “Civil de 1928 siguió los mismos lineamientos en su artículo 164. Sin embargo, en la “reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de “mil novecientos setenta y cuatro, se modificó radicalmente la redacción del artículo 164 “referido, bajo la inspiración de la igualdad jurídica, política, económica y social de la “mujer con el hombre, pues ahora se estableció que era a cargo de los cónyuges (tanto “él como ella) la contribución económica para el sostenimiento del hogar, su propia “alimentación y la de sus hijos, sin perjuicio de distribuirse esa carga en la forma y “proporción que ellos convengan y de acuerdo con sus respectivas posibilidades. “De ello se sigue, que actualmente ya no se deja a cargo del marido la carga “alimentaria, sino que se solidariza con la obligación de la mujer si ésta tiene “posibilidades económicas. Por tanto, si bien sigue rigiendo la presunción de que la “esposa necesita alimentos porque ordinariamente en la familia mexicana el hombre es “quien aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, ello no excluye “al hombre quien también tiene en su favor esa presunción de necesitar alimentos “cuando precisamente los demanda. Lo anterior sin dejar pasar por alto, que la “presunción que deriva de la obligación solidaria que se comenta, no resistiría de

"acreditarse que la necesidad de los alimentos que demanda el marido emana de su falta de aplicación al trabajo; pues en tal evento tendría vigencia la hipótesis prevista en el artículo 320, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal."⁴⁴

"Alimentos. Obligación de la mujer. Interpretación del artículo 164 reformado del Código Civil. Aunque el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 164, reformado por decreto publicado el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, acorde con el principio constitucional de igualdad entre el varón y la mujer, establece la regla de que ambos cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos; tal disposición debe interpretarse en el sentido de que la mujer sólo está obligada a la contribución monetaria cuando se comprueba que obtiene remuneración por su trabajo o ingresos de sus bienes; de no ser así, existe la presunción de que necesita alimentos por ser hecho notorio que dentro de la familia mexicana actual, es ella la que se encarga del hogar y del cuidado de los hijos, mientras que el varón es el que trabaja para allegar los medios económicos."⁴⁵

Bajo esa tesitura, bien puede concluirse que en la Jurisprudencia mexicana existe un trato igual, tanto social como jurídico, entre hombre y mujer, y que ésta, si bien es cierto en muchísimos casos sigue ocupando un papel preponderante dentro de la familia por ser precisamente la encargada de la administración y dirección del hogar, así como de la educación de los hijos dentro del mismo, ello no se traduce a una subestimación de las féminas ante los varones. De ahí podría pensarse en forma errada que esas posturas que emanan de algunos criterios emitidos por el Poder Judicial Federal, sólo devienen de conductas sociales conservadoras que aún imperan en este país. Pero no es así, pues lo

⁴⁴ Tomo IX, enero de 1999. Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Pág. 824. Novena Época.

⁴⁵ Tomo VIII, diciembre. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 152. Octava Época.

cierto es que retomando las premisas de igualdad citadas con anterioridad, se arriba a la conclusión que a los desiguales no se les puede dar el mismo trato que a los iguales. Lo anterior, significa que a una mujer no se le puede tratar igual que a un hombre, y no por las diferencias sociales, culturales o históricas que puedan existir, sino simple y llanamente por sus propias diferencias biológicas, que, debidamente entendidas, podrá comprenderse esa actitud aparentemente conservadora del Poder Judicial Federal

4.5.- SUGERENCIAS PARA LA RECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 414 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

Si como sostiene el licenciado Luis Pérez Cruz, "El Derecho es un fenómeno cultural en tanto que es producto de procesos sociales y constituye un reflejo de creencias religiosas, necesidades políticas, convicciones morales y conceptos de justicia, que en un momento determinado los seres humanos adoptan como costumbres que rigen su vida;..."⁴⁶ ; resulta evidente, que en la sociedad civil actual, donde se proclama en todos los ámbitos (sociales, políticos, económicos, religiosos y culturales) la igualdad social y jurídica de la mujer y el hombre; el legislador, quien es el encargado de crear las leyes que nos rigen, procurando con ellas defender, entre otros, los derechos de igualdad y libertad, debió, para una mejor integración de los actuales cambios sociales, incluir dentro de los sujetos activos que regula el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal para el ejercicio de la patria potestad, las figuras del o los adoptantes, así como las de los padres de éstos. Al no hacerlo, el legislativo provoca un efecto negativo al frenar los cambios sociales que pugnan por una verdadera igualdad jurídica. Por lo tanto, para la recta aplicación del citado artículo y de acuerdo a lo expuesto en este estudio, se sugiere.

I) Que la Asamblea de Representantes del Distrito Federal salve las graves deficiencias que, socialmente, provocan confusión entre los gobernados y que específicamente se traducen en las omisiones que se advierten en el texto del precitado artículo 414 al no incluir dentro de los sujetos activos que pueden ejercer la patria potestad las figuras de el o los adoptantes, así como las de los padres de éstos.

Como exacta consecuencia de lo expuesto:

II) La derogación de los diversos artículos 295, 410-D y 419 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para una mejor comprensión de lo sugerido, resulta necesario transcribir los artículos 293, primer y tercer párrafos; 295; 410-A; 410-C; 410-D; 414 y 419 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

...En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

“Artículo 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D ”

“Artículo 410-A. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.”

“Artículo 410-C. El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

I Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y

II Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.”

“Artículo 410-D. Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.”

“Artículo 414. 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.”

“Artículo 419. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.”

De la recta interpretación de los citados artículos, se obtienen las siguientes consideraciones sociales y jurídicas que avalan las mencionadas sugerencias:

La primera nace de la propia ley civil al establecer que el parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común, considerando que el parentesco por consanguinidad se da en los casos de adopción, equiparando ante la sociedad, para todos los efectos legales, al hijo adoptado con el hijo consanguíneo. Señalando que la patria potestad sólo se ejercerá por el o los adoptantes.

Al caso concreto, lo que a la sociedad civil interesa no es cómo se va a procurar por la seguridad de un menor de edad, puesto que para ello existen otras figuras jurídicas como podría ser la de la tutela; sino lo que realmente le interesa es que quienes van a responsabilizarse por la seguridad emocional y física de un menor de edad reciban un trato idéntico por parte de la ley, no pudiendo concebirse, en términos de lo anteriormente expuesto, que el adoptante sea regulado en artículo por separado como si el legislador hubiera querido distinguir entre la patria potestad que ejercen los padres y los ascendientes en segundo grado de un incapaz, y la que se llegue a ejercer por medio de la adopción.

No puede pasar por alto el hecho de que la institución de la patria potestad es una sola, y por lo tanto, no puede existir diferencia alguna en ella; es decir, si la patria potestad se ejerce de idéntica forma, ya sea por los padres biológicos o por los ascendientes en segundo grado, de la misma manera la ejercerán los adoptantes, a quienes, no está por demás señalar, la ley no les impone ninguna limitación.

Bajo esa misma tesitura, surge el basamento a la sugerencia de incluir la figura de los padres de los adoptantes en el texto del precitado artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal

De inicio conviene preguntar qué sucede con los hijos adoptados menores de edad a falta de sus padres adoptivos, pues el Código Civil es omiso en precisar tal eventualidad, por lo que resulta procedente, de nueva cuenta, retomar el contenido de los ya citados artículos de la ley civil. De su lectura, se advierte que los padres del o los adoptantes de un menor de edad deberían de ser considerados para el ejercicio de la patria potestad, otorgándoles los mismos derechos y obligaciones de los ascendientes en segundo grado o abuelos consanguíneos, por lo siguiente:

El ordenamiento sustantivo civil en forma muy precisa señala que el adoptado tendrá en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, rompiendo así con su anterior familia. A más de que la adopción equipara la relación que surge entre el adoptado, el adoptante y los parientes de éste con el parentesco por consanguinidad. Considerando desde luego, que la propia ley civil establece que el parentesco por consanguinidad es el vínculo que nace entre personas que descienden de un tronco común.

Así, pues, de la recta interpretación de esas disposiciones legales nace la indefectible consecuencia social y jurídica que los padres, (que ahora llamaremos abuelos del hijo adoptado) del o los adoptantes deben tener los mismos derechos y obligaciones de los abuelos biológicos; permitiéndoles así, cumplir con un verdadero rol dentro de la sociedad como si verdaderamente fueran parientes consanguíneos, siguiendo el espíritu de la ley, pues de lo contrario no podría encontrarse justificación alguna a la disposición del legislativo en igualar a la adopción con el parentesco consanguíneo. Sobretodo porque puede llegar a existir un lazo afectivo muy fuerte entre el hijo adoptado y los padres del adoptante.

Lo anterior, denota que no es tan cierto que el hijo adoptivo se equipare al pariente consanguíneo; y que tampoco es cierto que en la nueva ley civil los parientes del adoptante tienen, con el adoptado, la misma jerarquía que sus anteriores familiares biológicos.

Por todo lo expuesto, es justo que se incluyan en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal las figuras del o los adoptantes y las de los padres de éstos como sujetos activos en el ejercicio de la institución de la patria potestad; pues por lo que hace a los adoptantes, al contemplarlos en el diverso numeral 419 del citado Código Civil, pareciera que los legisladores pretendieron crear una patria potestad de segunda categoría, y por lo que se refiere a los padres de los adoptantes, resulta absurdo que si pasan a ser parte de la nueva familia del adoptado no se les considere dentro de quienes pueden ejercer ese derecho-obligación

De las narradas apreciaciones, surge el fundamento a la última sugerencia consistente en la derogación de los artículos 295, 410-D y 419 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyos textos, por anacrónicos, se contraponen al espíritu del citado cuerpo de leyes intratándose de adopción y de patria potestad, por lo siguiente

Primero se dirá, que en esencia, el contenido de los artículos 295 y 419 del actual Código Civil para el Distrito Federal son reminiscencias del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal anterior a las reformas del 28 de mayo de 1998, y del 25 de mayo del año 2000.

Precisa destacar que en ese Código Civil solamente se regulaba la adopción en forma lisa y llana, y que no existían ni la adopción simple ni la adopción plena tal y como se conoció con posterioridad. Por lo que para una mejor comprensión de lo aseverado se hará una referencia en orden cronológico de cada artículo:

En efecto, antes de las reformas del 28 de mayo de 1998, el artículo 295 de la legislación sustantiva civil señalaba que el parentesco civil era el que nacía de la adopción y sólo existía entre el adoptado y el adoptante. Los derechos y obligaciones, así como el parentesco que nacían de esa adopción se limitaban al adoptante y al adoptado, lo que significaba que este último no pasaba a formar parte de la familia de aquél. También podía ser revocada la adopción.

Por su parte, el artículo 419 (este artículo conservó y sigue conservando su mismo texto) señalaba que la patria potestad sobre el menor adoptado sólo la ejercerían los adoptantes. Ello era así, como se sostuvo anteriormente, en razón de que en esa época en México no existía la adopción plena; lo que se traducía a que el adoptado no rompía con los vínculos existentes con su familia de origen, conservando con ella todos sus derechos y obligaciones.

Mediante las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 28 de mayo de 1998, (las que fueron derogada casi de inmediato con la creación del actual Código Civil para el Distrito Federal publicado el 25 de mayo del año 2000) se instituyeron las figuras de la adopción simple y de la adopción plena. En tal virtud, el artículo 295 fue reformado agregando solamente a su texto la palabra "simple", quedando de la siguiente manera:

"Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado."

Aunque esa reforma fue consecuencia, como ya quedó asentado, de la creación de la adopción simple, la misma en nada alteró el contenido del citado numeral, pues se siguió considerando que el parentesco civil sólo se daba entre el adoptante y el adoptado, y que éste no pasaría a formar parte de la familia de aquél. Conservando el adoptado todos los derechos y obligaciones existentes con su familia natural o biológica.

No obstante que mediante las citadas reformas se instituyó la figura de la adopción plena, el artículo 419 mantuvo la misma literalidad. Por lo que se puede sostener que debido a la creación de la adopción plena ese artículo debió ser derogado, o bien, cuando menos reformado, dado que en la adopción simple los derechos y las obligaciones que resultaban del parentesco natural no se extinguían, excepto la patria potestad que sería ejercida por el o los adoptantes.

Ese precepto legal literalmente decía.

“Artículo 419. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.”.

La citada reforma debió consistir en el señalamiento preciso de que sólo en la “adopción simple” la patria potestad sobre el adoptado la ejercerían el o los adoptantes.

De lo explicado se puede concluir, si se considera que en la adopción plena el adoptado era equiparado con el hijo consanguíneo, teniendo en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones de aquél, extinguiendo la filiación preexistente con sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, a tal grado que el adoptado debería llevar los apellidos del adoptante, que el artículo 419 de ese Código Civil era inaplicable en los casos de adopción plena.

Como quedó asentado anteriormente, el artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal indica que el parentesco civil es el que nace de la adopción, remitiendo expresamente al diverso 410-D, y éste, se refiere a cualquier pariente consanguíneo.

Del contenido de ambos numerales se advierte una postura rígida, y, por lo tanto, inconcebible, al limitar las obligaciones y derechos que nacen de la adopción exclusivamente al adoptante y adoptado. Por lo que resulta muy claro que en esos artículos el propio legislador se contraponen a su intención de dar al adoptado un ambiente de seguridad emotiva y de igualdad dentro del núcleo familiar del o los adoptantes. Sobre todo por que esos dispositivos legales se refieren al caso de cuando el adoptante es pariente consanguíneo del menor adoptado; es decir, parte de quienes se supone profesan más amor y preocupación por éste al llevar en sus venas su misma sangre por ser parte integral de su propia familia. Acabando así con el parentesco consanguíneo para convertirlo en parentesco civil.

Con esa actitud, los derechos y obligaciones tanto del adoptado como de sus demás familiares se pierden. A tal grado que el derecho de asistencia que su propia familia le debe al adoptado se extingue. Baste con un ejemplo para entender lo negativo de ese dispositivo legal:

En el supuesto de que en una familia de cinco hermanos, todos mayores de edad, uno de ellos fallezca sobreviviéndole un hijo menor, y uno de los hermanos del *de cuius* decide adoptarlo, de acuerdo al dispositivo legal criticado, las obligaciones y los derechos sólo se limitaran al tío que adopta y al sobrino adoptado; y, si por circunstancias de la vida falleciera el tío que adoptó, es evidente que al limitar la ley los derechos y obligaciones que nacen de la adopción exclusivamente al adoptado y al adoptante, los otros familiares no tendrán obligación alguna en mantener a su sobrino, y éste no podrá reclamar derecho alguno para que se atiendan sus necesidades alimentarias. En este caso, resulta evidente que ni a los parientes consanguíneos del menor, ni a éste, les conviene acogerse, dado el caso, a la figura de la adopción, y si recurrir a otra que, por su contenido, protege más al menor de edad que sería el de la tutela.

Aquí, el problema se centra en la laguna que existe en la ley civil al no contener dispositivo alguno que prevenga lo que sucederá con los adoptados para el caso de la muerte de sus parientes consanguíneos adoptantes.

Por lo tanto, la introducción del nuevo artículo 410-D al cuerpo de leyes citado, violenta la exigencia de la sociedad que pretende crear un verdadero vínculo familiar entre el adoptado, el adoptante y la familia de éste; además de que ese artículo destruye las relaciones de parentesco por consanguinidad ya existentes. Conviene destacar que el artículo 410-D, del Código Civil Federal, establece lo siguiente:

*"Artículo 410-D. No pueden adoptar mediante adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz."*⁴⁷

⁴⁷ CÓDIGO CIVIL FEDERAL. EDITADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. NOVIEMBRE 2000

Este artículo resulta ser más justo que su similar de la legislación civil para el Distrito Federal, pues aprecia de manera muy objetiva el problema anterior al considerar que si en la adopción plena el adoptado rompe todo lazo con su anterior familia, es evidente que no puede ser que si una persona adopta a un pariente consanguíneo menor de edad, por ese hecho rompa con la relación existente con sus demás parientes.

Por tal motivo, el Código Civil Federal no admite la adopción plena entre parientes consanguíneos.

De la recta comprensión de ese dispositivo federal, sin duda alguna se desprende que se refiere a la adopción simple, en donde la patria potestad sobre el adoptado sólo la ejercerán el o los adoptantes, conservando aquél la relación con su familia natural o biológica.

Debidamente analizada la problemática que ocasionan los artículos en comento, se puede concluir, sin duda alguna, que en el Código Civil para el Distrito Federal existen diversas clases de derechos y obligaciones dentro de la adopción:

- Los que surgen cuando el que adopta no tiene vínculo de parentesco por consanguinidad con el adoptado, equiparándolo con el hijo consanguíneo del adoptante. Debe tenerse presente que esta adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, iniciando una nueva relación con los parientes del adoptante.

- Luego, los que surgen cuando el que adopta está casado con alguno de los progenitores del menor adoptado. En este caso no se romperán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea. Desde luego, en esta hipótesis, aunque la ley no lo señala en forma expresa, se entiende que sólo la familia del progenitor que da en adopción a su menor hijo es con quien se perderá toda relación, iniciándose una nueva con la familia del adoptante.

- Y por último, la que se atiende, que establece en forma muy severa que para el caso de que el adoptante tenga algún vínculo de parentesco consanguíneo con el menor que se adopte, los derechos y obligaciones que nazcan de esa adopción se limitarán al adoptante y al adoptado. Es aquí precisamente donde el adoptante y el adoptado reciben las consecuencias de una mala legislación al extinguir los derechos y obligaciones ante su verdadera familia; pues cabe preguntarse, qué daño, social o jurídico, provoca el que las obligaciones y derechos del adoptante y del adoptado sean las mismas que en los dos primeros ejemplos. Curiosamente en esta última postura el adoptado permanecería en forma absoluta dentro del seno de su familia consanguínea.

De lo expuesto, resulta procedente la última sugerencia para que sean derogados los artículos ya mencionados, para así, otorgar una mayor seguridad jurídica a los adoptados y adoptantes, prevaleciendo en todo momento el interés mayor de la sociedad que es el conservar bajo cualquier circunstancia el núcleo que la conforma y que es precisamente la familia; pues deviene claro que esos artículos no se adecuan a los cambios actuales que ha sufrido la sociedad civil, contrariando el propio legislador su intención de pretender equiparar a la adopción con el parentesco por consanguinidad al igualar al adoptado con el hijo consanguíneo.

CONCLUSIONES

a) Con las reformas al artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, los derechos de la mujer dan un paso más hacia una igualdad social y jurídica ante el varón, aún se observan muchas diferencias donde la presencia de la mujer queda acotada por la del hombre. Como ejemplo básico podría señalarse el hecho de que los hijos siempre llevan los apellidos paternos de sus progenitores, poniendo en primer lugar el del padre seguido por el de la madre, el que se pierde al momento de que los hijos de aquéllos procrean su prole, a los que, como resulta evidente, se les pondrá como primer apellido el paterno; a tal grado que llega un momento en que nada se sabe del antecedente materno, el que definitivamente se perderá en la siguiente generación; es decir, desaparece la mención del apellido de su madre.

Desafortunadamente, tal parece que a la mujer poco importa lo anterior. Tan es así, que al contraer nupcias dan como destino de su apellido materno el olvido, ya que como una práctica común en nuestra sociedad, las mujeres casadas omiten su apellido materno para anotarse el de sus maridos anteponiendo la preposición "de", como si fueran propiedad de ellos. Tan cierto es, que los jueces del Registro Civil tienen por práctica solicitar a la mujer desposada que firme el acta donde consta su enlace civil con su nombre de casada. Si la mujer insiste en tolerar esa situación de menosprecio hacia sus propios apellidos que forman parte de su identidad de origen, seguirán en un plano desigual ante el hombre. Así las cosas, puede concluirse que el cambio en estas costumbres que aún predomina en la sociedad mexicana, se encuentra precisamente en las manos de las mujeres.

b) No obstante lo anterior, a través de las citadas reformas la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, busca otorgar los mismos derechos que durante nuestra historia se le han dado al hombre de manera desigual, buscando terminar con la dependencia social, moral y económica a la que ha estado sujeta la mujer por parte del

hombre, pues aquélla en muchas ocasiones era considerada como un simple objeto destinado a la reproducción y crianza de los hijos. La igualdad de la mujer con el hombre no se da por la creación de leyes que impongan tal situación; sino que la igualdad se está dando gracias a que cada día la capacidad y preparación de la mujeres obliga a la sociedad a valorar en su exacta dimensión el papel de aquéllas dentro de la familia y de la propia sociedad.

c) Mientras las reformas hechas a las leyes referentes a la igualdad de hombres y mujeres no se lleven al mundo fáctico, de nada servirán los intentos de los legisladores en seguir pugnando por una verdadera igualdad social y jurídica; pues queda en la conciencia de la sociedad civil el llevar a la práctica constante esos intentos del legislativo, respetando y tomando en cuenta las verdaderas diferencias relevantes que existen entre hombre y mujer para colocarlos en un plano de equilibrio social y jurídico.

d) Dada la premura con la que los asambleístas del Distrito Federal pretendieron legislar un Código Civil propio, provocaron muchas desigualdades y diferencias respecto de la patria potestad que se ejerce producto de la adopción, y que bien pueden ser salvadas mediante una recta aplicación del artículo 414 del citado Código Civil para el Distrito Federal. Recta aplicación que sólo podrá darse mediante una reforma que adecue ese artículo a la actual realidad social, incluyendo en los sujetos activos las figuras del o los adoptantes y los padres de éstos.

e) Debido a la falta de estudio de las disposiciones legales comentadas en el cuerpo de este estudio, y, desde luego, a esa premura con que los legisladores crearon el Código Civil para el Distrito Federal, dejaron vigentes diversas disposiciones que sólo son reminiscencias del pasado Código y que no fueron tratadas con la atención debida, por lo que deberán ser derogadas debido a la dinámica constante que ha provocado cambios en la sociedad civil. Los derechos de la mujer ante el hombre cada vez llegan a un punto de equilibrio tan anhelado por los gobernados.

BIBLIOGRAFÍA

AGRAMONTE, ROBERTO D. "PRINCIPIOS DE SOCIOLOGÍA". EDITORIAL PORRÚA S.A. MÉXICO. 1990.

ÁLVAREZ, JOSÉ MARÍA "INSTITUCIÓN DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS". UNAM. MÉXICO 1994.

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. "DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES". COLECCIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS. EDITORIAL HARLA. MÉXICO 1990.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO "DERECHO COSTITUCIONAL MEXICANO". EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO ONCEAVA EDICIÓN. 1996.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES" EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO. 29ª. EDICIÓN. 1997.

"DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO". INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO. 1997.

ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO. "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO" EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO. 1984.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO "DERECHO CIVIL" EDITORIAL PORRÚA S.A. MÉXICO 1997.

HOFFMAN ELIZALDE, ROBERTO. "ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POSESIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO SUCESORIO". UNAM. MÉXICO. 1992.

KOHLER, J "EL DERECHO DE LOS AZTECAS". TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN POR EL LICENCIADO CARLOS ROVALO Y FERNÁNDEZ. EDICIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO. MÉXICO 1924.

MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL". TOMO III. DERECHO DE FAMILIA PRIMERA EDICIÓN. 1988. EDITORIAL PORRÚA S.A. MÉXICO.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. "EL DERECHO PRECOLONIAL". EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO. 1992.

MONTERO DUHALT, SARA. "DERECHO DE FAMILIA". EDITORIAL PORRÚA. S.A. MÉXICO. 1992

"OAXACA CUNA DE LA CODIFICACIÓN IBEROAMERICANA" EDITORIAL PORRÚA, S.A. MEXICO. 1974.

OROZCO Y BERRA, MANUEL. "HISTORIA ANTIGUA DE LA CONQUISTA DE MÉXICO". 1880.

PACHECO E., ALBERTO. "LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO". EDITORIAL PANORAMA. MÉXICO. 1990.

PÉREZ CRUZ, LUIS. "SOCIOLOGÍA". PUBLICACIONES CULTURAL. MÉXICO. 1992

PINA VARA, RAFAEL DE. "DERECHO CIVIL MEXICANO" TOMO Y: INTRODUCCIÓN, PERSONAS, FAMILIA. EDITORIAL PORRÚA, S A. MÉXICO. 1995.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. I". PERSONAS Y FAMILIA. EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO. 1997.

W.J.H. SPROTT. "INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA". FONDO DE CULTURA ECONÓMICA. MÉXICO. 1996.

LEGISLACIÓN

"CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL" EDITORIAL SISTA, S.A. DE C.V. ENERO 1998.

"CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL". EDITORIAL SISTA, S.A DE C.V. ABRIL 2000.

"CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL". EDITORIAL SISTA, S.A. DE C.V. SEPTIEMBRE 2000 "

"CÓDIGO CIVIL FEDERAL". SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2000.

"CÓDIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAJACA. OAJACA IMPRENTA DEL GOBIERNO, 1928.

"CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA". TIPOGRAFÍA DE J.M. AGUILAR ORTÍZ. MÉXICO, 1870.

"LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES". PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DEL 4 DE ABRIL AL 11 DE MAYO DE 1917. EDITORIAL EDICIONES ANDRADE, S.A., TERCERA EDICIÓN MÉXICO. 1980.