



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS, PROPUESTAS PARA SU REGULACION JURIDICA.

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: FERNANDO RUBEN ALVAREZ VELAZQUEZ

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA



JUNIO DEL 2002



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A LEONARDO, MI QUERIDO HIJO:

La mejor bendición que pude haber recibido,
y que a esta tierna edad eres ya mi mayor satisfacción.

A MI MADRE, MARÍA DE GRACIA VELÁZQUEZ:

Por enseñarme, ante todo, a hacer siempre lo correcto.
Y quien en un solo corazón alberga amor para doce corazones.

A MIS ONCE HERMANOS

***ELIAS, MARICARMEN, GUADALUPE, MARTHA, TERE,
FRANCISCO, JOSÉ, ROSA MARÍA, GUILLERMO, RAMÓN Y ANGÉLICA:***

Por su apoyo sin medida en todo momento, pero esencialmente,
Por ser esta gran familia.

A ANGÉLICA:

Quien además de ser mi hermana es una gran amiga.

A FRANCISCO:

Quien nunca me ha escatimado su apoyo y su cariño,
Aunque en ocasiones parezco olvidarme que está allí.

AGRADECIMIENTOS

AL LIC. J. JORGE SERVÍN BECERRA:

Por su apoyo incondicional y su puntual orientación
Para lograr juntos la terminación de este Trabajo.

AL LIC. JOSÉ LUIS CAMARENA SÁNCHEZ:

Quien además de ser mi amigo, con sus comentarios ha enriquecido
Este trabajo.

AL LIC. DAVID ZORRILLA COSÍO:

Por su entera disposición y constante ayuda
para ver cristalizado este logro.

1
ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	3
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.	6
1.1. Nociones de la patria potestad.	6
1.2. Derecho romano.	7
1.3. Derecho germánico.	10
1.4. Derecho francés.	12
1.5. Derecho mexicano.	14
1.5.1. Derecho azteca.	14
1.5.2. Época colonial.	17
1.5.3. Código civil de 1870.	18
1.5.4. Código civil de 1884.	20
CAPÍTULO 2. CONCEPTOS GENERALES.	22
2.1. Concepto de derecho.	22
2.2. Concepto de derecho civil.	25
2.3. Concepto de derecho de familia.	27
2.3.1. El parentesco.	31
2.3.2. Paternidad y filiación.	34
2.3.3. La obligación de dar alimentos.	36
CAPÍTULO 3. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE.	40
3.1. Concepto.	40
3.1.1. Características de la patria potestad.	42
3.2. Sujetos en la patria potestad.	44
3.3. Efectos de la patria potestad.	45
3.3.1. Sobre la persona del menor.	46
3.3.2. Sobre los bienes del menor.	49
3.4. Modos en que se pierde y suspende la patria potestad.	52
3.4.1. Por condena.	53
3.4.2. Por divorcio.	53
3.4.3. Por violencia familiar en contra del menor.	55
3.4.4. Por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria.	56
3.4.5. Por exposición o abandono.	57
3.4.6. Casos en que se suspende.	58

3.5. Modos de extinguirse la patria potestad.	59
3.5.1. Por muerte de quien deba ejercerla.	60
3.5.2. Por emancipación.	60
3.5.3. Por mayoría de edad.	62
3.5.4. Por adopción.	62
3.6. Modos en los que se excusa en el ejercicio de la patria potestad.	63
CAPÍTULO 4. LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS. PROPUESTA PARA SU REGULACION JURIDICA.	64
4.1. Condiciones biológicas para la concepción.	64
4.2. El ejercicio de la patria potestad por menores no emancipados.	66
4.2.1. El doble ejercicio de la patria potestad.	67
4.2.2. La facultad de los menores de edad para el reconocimiento de sus hijos.	67
4.3. Conflictos que pueden presentarse cuando los menores de edad son padres. Propuestas para su regulación jurídica.	70
4.3.1. El ejercicio de la patria potestad por menores de edad emancipados por matrimonio. propuestas para su regulación jurídica.	70
4.3.2. Cuando los padres del menor de edad le niegan su consentimiento para el reconocimiento de sus hijos. Propuestas para su regulación jurídica.	72
4.3.3. Cuando los menores padre de familia viven juntos. Propuestas para su regulación jurídica.	75
4.3.4. Cuando los menores padre de familia viven separados. Propuestas para su regulación jurídica.	80
4.3.5. Cuando uno de los padres es menor de edad y el otro es mayor de edad. Propuestas para su regulación jurídica.	85
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES.	90
BIBLIOGRAFÍA.	92

INTRODUCCIÓN

El hombre, como especie del reino animal, está destinado a lograr su conservación, por lo tanto se reproduce generación tras generación para obtener su permanencia y supremacía en la faz de la Tierra. A través de la socialización alcanza estos fines y su principal característica que lo aleja del reino animal y le permite dominar y transformar su entorno, se constituye al transformarse en un ser social.

De esta forma el hombre, como ser social, establece relaciones sociales con los demás individuos con quienes convive y surge la Familia, el Estado y el Derecho. El concepto de familia será cambiante en el tiempo y el espacio, así mismo las relaciones familiares serán distintas en cada momento y lugar.

Las relaciones jurídico-familiares se transforman constantemente; a través del tiempo y el espacio surgen distintas formas de regularlas y los preceptos jurídicos vigentes, en materia familiar, con frecuencia son rebasados por el reordenamiento de las estructuras sociales y los avances de la ciencia.

En este sentido, la patria potestad como se encuentra regulada actualmente en el Código Civil para el Distrito Federal, no atiende todas las exigencias sociales, a pesar de la última reforma en materia familiar del 25 del mayo del 2000. Es por esto que decidimos analizar la problemática que representa el ejercicio de la patria potestad cuando los padres son menores de edad.

Es una realidad biológica la capacidad que tiene el menor de edad para procrear y traducir un hecho biológico en un hecho jurídico, en el que se implican diversas obligaciones y potestades tanto para los padres del recién nacido como para los abuelos, es decir, los padres del menor de edad que es padre de familia.

Es una realidad social y ocurre cada vez con mayor frecuencia que los menores de edad tengan relaciones sexuales fuera de matrimonio, trayendo como resultado de esta actividad sexual la paternidad a su cargo.

El menor de edad, por el hecho de ser padre, generará una relación jurídica paterno-filial entre él y su hijo recién nacido, pero el Código Civil para el Distrito Federal no establece que ocurre con la patria potestad sobre ese recién nacido, ¿quién es el llamado a ejercerla?, ¿el padre menor de edad?, ¿los padres del menor de edad que ejercen sobre él la patria potestad?, ¿se presenta acaso un doble ejercicio de la patria potestad a cargo de los ascendientes del menor de edad que es padre, es decir, ejercen la patria potestad sobre él y sobre su hijo?

Este trabajo intenta responder estas interrogantes, y su objetivo general es analizar el conflicto del ejercicio de la patria potestad por menores no emancipados sobre sus hijos, proponiendo su regulación concreta en el capítulo primero del título octavo del libro primero del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Biológicamente la paternidad puede producirse desde los once años en las mujeres y a los trece en los varones, por lo que, por metodología y debido a la realidad jurídica establecida en el ordenamiento Civil para el Distrito Federal, que otorga la capacidad relativa al menor de edad para emanciparse y reconocer válidamente a sus hijos a los dieciséis años, por lo que el análisis jurídico que se discute en este trabajo se limita a esta edad.

Abordaremos la evolución histórica de la Patria Potestad comenzando por cómo surge este concepto en Roma, donde literalmente era el Poder del Padre sobre la persona y bienes del hijo, no limitándose allí, sino incluyendo a todos aquellos que su potestad alcanzaba: esposa, nueras, nietos, esclavos. Veremos su transformación como institución jurídica, pasando de ser la autoridad paterna a convertirse en una función a favor de los menores de edad.

Expondremos las características con que se presentó en distintas latitudes y momentos históricos, analizando el "munt" del Derecho Germánico y la influencia que tiene en él el concepto romano, siendo el poder del padre un tanto más limitado, pero sobre todo temporal.

En la antigua Francia evoluciona de formas distintas en el Norte y el Sur del país, con el Código Napoleónico surgen las ideas modernas del Derecho y su principal aportación en patria potestad es que concede su ejercicio a la madre del menor.

Analizaremos las distintas etapas del Derecho Mexicano, y la concepción que en ellas se dio a la patria potestad, comenzando por la forma en que la entendían los Aztecas, la influencia de la legislación española durante la época colonial, caracterizada por la falta de regulación interna. En el México independiente analizaremos los alcances y limitaciones con que se le invistió en los Códigos de 1870 y 1884, y las principales diferencias existentes al respecto entre ellos.

Dentro del capítulo de Conceptos Generales, expondremos y analizaremos algunos que son necesarios comprender para poder entrar en materia de Patria Potestad, así hablaremos del concepto de Derecho, enfocándolo como instrumento necesario para regular la conducta del hombre en sociedad. Posteriormente entraremos al estudio del Derecho Civil como área general en la que se contienen las reglas que tienen que ver con los aspectos más personales del ser humano y su interacción con los demás seres humanos.

En este sentido analizaremos el concepto de Familia, las distintas acepciones que tiene para así poder establecer el área de estudio del Derecho de Familia que como parte del Derecho Civil, regula las relaciones de sus miembros, estableciendo obligaciones, derechos, facultades e instituciones que se derivan de la convivencia familiar, como son el parentesco, la paternidad y filiación, y la obligación de dar alimentos.

En el tercer capítulo analizaremos la forma en que se regula en el Derecho Civil Vigente la patria potestad, partiendo de su concepto, analizando la opinión de distintos autores; estudiaremos sus características, los sujetos que intervienen en la relación jurídica y los efectos que produce sobre la persona y bienes del menor. Es necesario aclarar que la última reforma al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Patria Potestad se publicó el 25 de mayo del 2000, al momento de realizar la investigación documental la bibliografía consultada no había sido actualizada, por lo tanto la mayor parte del análisis de los temas abordados en este capítulo se realizó directamente del Código Civil, con apoyo de algunas Jurisprudencias.

Por último, en el cuarto capítulo desentrañaremos la problemática de los menores de edad y el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, comenzando por establecer las condiciones biológicas para la concepción, analizando cinco supuestos en los que habrá conflicto sobre a quién corresponde la patria potestad, y la forma de determinar la capacidad de los menores para reconocer a sus hijos y ejercer la patria potestad sobre ellos. Finalmente, dentro del análisis que hacemos en cada uno de estos casos, realizamos una pequeña propuesta para poder lograr una reforma integral que permita, en nuestro entender, cubrir la laguna existente en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, y así regular dentro de su capítulo primero del título octavo del libro primero, el ejercicio de la patria potestad a cargo de los menores de edad.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1. NOCIONES DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad es una institución del Derecho de Familia que encierra diversos y complejos aspectos de la vida intrafamiliar, ya que impone diversas obligaciones y deberes, al tiempo que confiere derechos a los sujetos de la misma. Por un lado tenemos a los padres y a los parientes en segundo grado como sujetos activos de la relación jurídica, por otro lado estarán los hijos menores de edad no emancipados, quienes juegan la función de sujetos pasivos de la relación jurídica.

Esta institución del Derecho es, desde nuestra perspectiva, una de las más trascendentes del derecho de familia, ya que en sí misma establece la regulación jurídica de una situación de orden natural, esto es, el hombre como ser biológico tiene la finalidad de reproducirse y dar a luz una nueva vida; por este solo hecho y de forma característica como especie del reino animal, tendrá la responsabilidad de que ese nuevo ser llegue a una edad madura y sea apto para subsistir y valer por sí mismo. Es obvio que no es sólo un hecho biológico y natural sino que intervendrán, dentro de esa responsabilidad, aspectos propios de la organización y socialización humana como los valores morales, éticos y religiosos de los padres para lograr que sus hijos lleguen a ser independientes.

Así pues, el Derecho recoge, de alguna forma, una función natural del hombre como especie y la regula, imponiendo ciertas obligaciones y limitantes a los ascendientes, así como deberes y derechos a los hijos sujetos a la patria potestad, mismas que serán acordes a los valores ético-religiosos de la sociedad que los establezca, en el tiempo y el espacio, pero siempre teniendo como objetivo dentro de sus aspectos socio-culturales, el bienestar de los hijos.

La patria Potestad como figura jurídica ha evolucionado a través del tiempo, surgiendo por la necesidad de regular la devoción que debían los hijos a los padres en los pueblos antiguos. En el derecho romano el padre tenía tal autoridad sobre los hijos que podía incluso matarlos o exponerlos en caso de necesidad; dicha rigidez de la figura paterna se ha ido suavizando con el paso de los siglos y, afortunadamente en nuestros días ha pasado de ser el poder absoluto que tenía el padre sobre la persona y bienes de los hijos a ser un conjunto de deberes y obligaciones que tiene quien la ejerce respecto de la persona y bienes del menor, convirtiéndose más bien, en una función en beneficio de éste.

En la actualidad, consideramos que el nombre de Patria Potestad ha perdido razón de ser en el sentido estricto de su significado, ya que proviene de los vocablos PATRIA= lo relativo al padre y POTESTAS= autoridad o poder.

En nuestros días el ejercicio de la patria potestad ya no pertenece únicamente al padre, sino que es una función compartida con la madre, y en algunos casos es ejercida por los abuelos; tampoco es ya un poder de quien la ejerce sobre quien es ejercida, si bien no deja de encerrar cierto grado de autoridad, ésta se ha suavizado y matizado en beneficio de los menores, ya que aunque siempre existirá la facultad de los ascendientes para corregir, sólo lo pueden hacer en forma mesurada bajo el constante riesgo de infringir algunas disposiciones propias del Derecho Penal, en caso de excesos.

La maestra Sara Montero Duhalt, define a la Patria Potestad como "la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes, con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad"¹; por el momento sólo nos limitaremos a mencionar dicha definición y en su momento haremos el análisis de esta y algunas definiciones de otros autores en el tercer capítulo de este trabajo recepcional.

1.2. DERECHO ROMANO.

En el derecho romano privado, una de las figuras jurídicas más trascendentes es el Pater Familias, la cual es indispensable analizar para entender el concepto de Patria Potestad en esta etapa.

El Pater Familias es el dueño de todos los bienes, señor de los esclavos, es el juez dentro de la "domus" y el sacerdote dentro de la religión del hogar; se le considera como un monarca doméstico con autoridad absoluta ², será él quien ejerza la patria potestad sobre sus hijos y nietos, sobre su mujer a través de la "manus" y sobre sus nueras casadas a través de la "cum manus". Cabe señalar que para ser Pater Familias no era necesario ser padre ya que el término familia significa en el latín antiguo "Patrimonio Doméstico", de tal suerte un hijo legítimo recién nacido, cuyo padre muera y no tiene abuelo será un Pater Familias aunque todavía sin capacidad de ejercicio.

El Pater Familias es la única persona en la antigua Roma que tiene plena capacidad de goce y ejercicio y una plena capacidad procesal, mientras que los demás miembros de la "domus" dependen de él y son representados por él jurídicamente. ³

Una vez establecida la figura del Pater Familias, pasamos al análisis del concepto de la Patria Potestad que deriva de dos vocablos "PATRIA" que viene de "Patrius" o lo relativo al padre, a lo heredado del padre y "POTESTAD" que viene de "POTESTAS" y significa fuerza, eficacia para obrar de donde derivan poder y supremacía. Así pues, por PATRIA POTESTAD debemos entender el poder absoluto del jefe de familia sobre sus hijos y sobre sus bienes.

¹ Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, México, D.F., p. 339.

² Margadant S., Floris Guillermo. "Derecho Romano", Editorial Esfinge, México, 1993, p. 22.

³ Ibid. p. 197.

Este poder trae consigo una serie de consecuencias jurídicas para aquellos que bajo él se encuentran, mismas que básicamente se comprenden en los siguientes aspectos:

1. La patria potestad otorga a quien la ejerce, sea el padre o el abuelo un poder casi ilimitado sobre el hijo, prueba de esto es la llamada IUS VITAE NECISQUE (derecho de vida y muerte), a través del cual el pater familias podía incluso matar a quien se encuentra bajo su potestad, lo que originó un abuso por el pater familia, a pesar de que se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor.⁴

A lo anterior podemos añadir que se podía vender o exponer al hijo. Claro que con la evolución de la sociedad romana poco a poco va desapareciendo esta situación tan lesiva para los hijos, manteniéndose en tiempos de Justiniano la posibilidad de venta pero ya no tan libre sino que quedaba reservada para casos de extrema urgencia económica.

En nuestra opinión, en la legislación civil vigente sólo se conserva una reminiscencia de este poder, consagrándose sólo un mesurado derecho a corregir al hijo sin que con ello se permita una agresión que pueda lesionar física o psicológicamente al menor.

2. Como ya se comentó, el Pater Familias, como jefe de la "domus", autoridad suprema, es el único que puede ser titular de derechos, por lo tanto todo aquello que el hijo adquiera pasa a formar parte del patrimonio del pater familias.

Con el emperador Augusto se realiza la primera reforma al instituir en favor del hijo el "Peculio Castrense", mismo que va a estar configurado por todos aquellos bienes de los cuales el hijo es propietario, y que los ha adquirido como resultado de su actividad militar. Posteriormente, Constantino añade a este privilegio los bienes obtenidos por el desempeño de alguna función pública o eclesiástica a la que se le dio el nombre de "Peculio Cuasi Castrense". De esta manera se aprecia cómo con el paso del tiempo se fue restringiendo el ilimitado poder derivado de la Patria Potestad, frenando así la excesiva autoridad ejercida por el jefe de familia.⁵

3. La Patria Potestad siguió evolucionando pasando de ser un poder establecido en beneficio del padre, a ser un conjunto de obligaciones y deberes mutuos. Esta situación se manifiesta sobre todo en la etapa Imperial y particularmente en el tiempo de Marco Aurelio, quien reconoce la existencia en la relación padre-hijo de un recíproco derecho de alimentos.

Las fuentes de esta institución, en el periodo que comentamos, son las siguientes:

⁴ *Ibid.* p. 200.

⁵ *Ibid.* p. 200.

1. Las *Iustae Nuptiae* (matrimonio). Modestino las define como "la unión del hombre y la mujer implicando igualdad de condición y derechos divinos y humanos"⁶.

Sólo podían realizarse matrimonios entre romanos y la principal función de éste era la procreación de los hijos, situación entendible ya que nos encontramos frente a una sociedad patriarcal, y siendo el matrimonio la unión lícita por excelencia, resulta lógico que se busque la preservación de la especie humana, sin que dicha preservación signifique dejar sin efecto el vínculo que se establece entre un padre y un hijo, vínculo biológico que en Roma adquiere validez jurídica por las *Iustae Nuptiae*.

Era trascendente el vínculo matrimonial por que a través de él la esposa participaba del rango social del esposo, de los honores de que estaba investido y de su culto privado. La mujer pasaba a formar parte de la familia civil del marido quien tenía autoridad sobre ella como sobre un hijo.

2. La Adopción. "Es una institución de derecho civil cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *Iustae Nuptiae* entre el hijo y el jefe de la familia"⁷.

Lo que se busca con esta figura es hacer entrar dentro de la autoridad paterna a personas que de otra forma no tienen ningún lazo de parentesco con el pater familias. La adopción se convirtió en una práctica común entre la aristocracia y se realizaba con la finalidad de preservar la continuidad de las familias; las mujeres al carecer de derechos no aseguraban dicha situación, por lo que era indispensable la existencia de hijos varones dentro de la familia, si no había varones en la descendencia ya fuera por haber sólo hijas o por esterilidad de la pareja, esta figura se imponía como una necesidad.

3. La *Adrogatio* (adrogación). Al igual que la adopción es la incorporación de una persona a la familia o *domus* de un *Pater Familias*, pero a diferencia de la adopción, en esta figura la persona que se integra a la nueva familia es una persona "*sui juris*", es decir, independiente totalmente de toda autoridad paterna, el adrogado será generalmente otro *pater familias*.
4. Legitimación. "Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:
 - 4.1. El Justo Matrimonio con la madre, algo que no siempre era posible.
 - 4.2. Un rescrito del emperador, posible escape cuando el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable.
 - 4.3. La Oblación a la Curia. En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo cumpliera la desagradable y arriesgada función de "*decurión*", consejero municipal que

⁶ Petit, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Nacional, México, D.F., 1977. p. 104.

⁷ *Ibid.* p. 113.

respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente bajo Imperio".⁸

"En este periodo la patria potestad se extingue:

1. Por muerte del Padre.
2. Por muerte del Hijo.
3. Por la adopción del hijo por otro pater familias o la adrogación del Pater Familias.
4. Por el matrimonio de la Hija, CUM MANUS.
5. Por el nombramiento del Hijo para altas funciones religiosas o burocráticas.
6. Por emancipación. Al principio se estableció como un castigo al expulsar al hijo de la domus, para convertirse posteriormente en una ventaja concedida a éste y que operaba a solicitud suya.
7. Por disposición judicial como castigo del padre".⁹

1.3. DERECHO GERMÁNICO.

De forma paralela al derecho romano se desarrolla el derecho germánico, donde la patria potestad adopta características similares a la forma en que se presentó en Roma. La vida social de los pueblos germanos se basa en la estructura de los grupos de parentesco y se apoya en dos elementos básicos, la Sippe y el Munt o Mundium.

La Sippe se refiere a la asociación familiar incluyendo la vida económica, religiosa, armada y jurídica, posee una doble cualidad:

1. Como conjunto de círculos parentales o de consanguinidad y se utiliza para establecer la relación de cualquier persona concreta con sus antepasados. Se comprende en dos grupos: "parientes de la espada o de la lanza", que están comprendidos por los hombres de la línea paterna y los "parientes del huso o de la rueca" integrada por los parientes femeninos, más los varones de la línea materna.
2. Como stirpe es "la asociación genealógica por vía del sexo masculino (tronco, linaje, gente), reúne todos los hombres y mujeres descendientes de un tronco masculino común".¹⁰

La Sippe aseguraba a sus miembros defensa para sus derechos, promoción social y personal y en caso de carecer de medios personales para proveerse de alimentos, le brinda seguridad, entre otras cosas.

⁸ Margadant S., Floris Guillermo. Op. Cit., p. 203.

⁹ Ibid. p. 206.

¹⁰ Pérez-Prendes Muñoz-Araco, José Manuel, "Brevariato de Derecho Germánico", Madrid, Universidad Complutense de Madrid, España, p. 17.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"El Munt o Mundium es la potestad jurídica (no propiedad) del señor de la casa ("fro") sobre todos los integrantes de la comunidad doméstica (p.ej. esposa o señora de la casa "frouwa", hijo, hermanos, solteras y viudas, criados, extranjeros hospedados, personas sometidas a tutela, incluso personas libres a las que se representa en la vida procesal en la medida en que lo aceptan, etc.), incluidos en ella por matrimonio o por aceptación del padre de familia".¹¹

La capacidad de obrar jurídicamente se determinaba por las circunstancias físicas, tales como la edad, la salud y el sexo. En principio el menor permanece bajo la potestad jurídica del jefe de su grupo familiar a través del Munt, situación que durará hasta que los hombres libres reunidos en asamblea general determinan que ha alcanzado la madurez suficiente para la emancipación, que le permitirá asumir por sí mismo conductas sociales iguales a las ejecutadas por los hombres libres. Para obtener dicha madurez no se establece una edad específica, sino que dependerá de la habilidad que el menor tenga en el manejo de las armas.

A los no libres, en un principio no se les consideraba como personas para el derecho, concediéndoseles con el paso del tiempo y con la cada vez mayor influencia del cristianismo, una capacidad de obrar limitada.

En el Derecho Germánico sólo existe la filiación legítima, por lo que no es necesario otras figuras jurídicas como la adopción o la legitimación, de esta forma cualquier persona, recién nacida o adulta, por el hecho de haber sido acogida por el padre es hijo legítimo, en virtud de la aceptación hecha por éste. Y sólo en caso de tratarse de una persona no engendrado en la familia, se le hacía entrar a la misma a través de una ceremonia ritual de carácter jurídico de adopción, en la que se realizaba la representación del momento del parto por parte del padre.

La filiación consanguínea daba lugar a su configuración como filiación jurídica al momento de darse la acogida paterna a quien haya sido engendrado en cualquier forma por él, ya fuera dentro de matrimonio, en concubinato o procreado antes de ellos. De esta forma el hijo entra en parentesco y bajo el Munt del padre.¹²

Por lo que se refiere a la madre, también existirá parentesco entrando ella bajo el Munt del esposo, pero se conserva una facultad protectora de la Sippe de la madre frente a los abusos que pudiera hacer el padre-esposo en el ejercicio del Munt. Con el paso del tiempo y más por costumbre social y religiosa que jurídica, se le llegó a otorgar a la madre cierta autoridad sobre sus hijos. El Munt se caracteriza por:

1. Ser un poder de educación.
2. Un poder de castigo y corrección que incluye hasta la muerte del hijo.

¹¹ *Ibid.* p. 18.

¹² *Ibid.* p. 68.

3. Otorga un poder de explotación sobre el hijo, ya que otorga al padre la facultad de lucrar con el trabajo y las ganancias del hijo, incluso permite su venta.
4. El jefe del Munt ejerce la representación procesal del menor.
5. Impone al jefe del Munt la responsabilidad por deudas adquiridas por el hijo y la comisión de delitos por éste.
6. En principio los bienes del hijo constituyen un patrimonio diferente al del padre, estando los bienes inmuebles bajo la administración del padre y pudiendo ser dispuestos por el hijo.
7. En cuanto a los bienes muebles, el padre podía disponer sobre ellos sin autorización del hijo aunque debía ratificar lo que hubiese dispuesto antes de que el hijo tomase las armas.

Por último el Munt se extinguía:

1. Por la entrada del hijo a la clientela armada.
2. Por muerte del padre.
3. Por la exclusión jurídico formal del hijo hecha por el padre, junto con una dotación patrimonial.
4. Por cualquier forma de abandono de la comunidad doméstica para los varones.
5. Por el matrimonio de las hijas que entran bajo el Munt del esposo o del que sobre él lo ejerza.

1.4. DERECHO FRANCÉS.

En materia de Patria Potestad el antiguo Derecho Francés se ve ampliamente influenciado por el Derecho Romano, adoptando en sus inicios la figura tal como fue conocida en Roma, aunque atenuando un poco su rigor.

En este periodo se reconoce el principio patriarcal considerando al padre como única autoridad legítima dentro de la familia, por lo que se producen innumerables excesos en el ejercicio de dicha autoridad y particularmente valiéndose del llamado "Derecho de Corrección", que consiste en el derecho del padre para hacer encarcelar a sus hijos y de la que no tenía obligación de dar explicación alguna; afortunadamente se fue atenuando el rigor de la autoridad paterna y posteriormente el parlamento de París resolvió que el Padre podía encarcelar a sus hijos mayores de veinticinco años sólo si obtenía una carta otorgada por el Rey, el cual realizaba de esta forma una especie de inspección.¹³

Esta figura evolucionó de diferente forma en la región sur y norte de Francia.

¹³ Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 265.

"En el sur se había conservado, por lo menos en su espíritu general, la antigua patria potestad del derecho romano. Se caracteriza principalmente:

1. La patria potestad nunca pertenecía a la madre.
2. Se prolongaba indefinidamente, cualquiera que fuese la edad del hijo.
3. El hijo no podía, en principio, adquirir por su cuenta: salvo los peculios todo pertenecía al padre, correspondiendo a éste el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo.
4. El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo".¹⁴

En contraste con lo anterior en la región norte de Francia, donde se aplicaba el derecho consuetudinario, "la idea de una protección debida al hijo dominaba en ellas en la organización de la patria potestad. La madre estaba investida de ella al mismo tiempo que el padre y sobre todo, esta potestad era esencialmente temporal".¹⁵

A la muerte de alguno de los padres se abría la tutela a favor del supérstite; también se estableció el derecho al usufructo de los bienes del menor que tiene su origen en una institución del derecho antiguo consuetudinario llamado "GUARDA", y que consistía en el "derecho de percibir rentas de los bienes pertenecientes al hijo menor a condición de soportar ciertas cargas, la principal de las cuales era la educación del menor".¹⁶

El derecho Francés siguió evolucionando hasta llegar al Código Civil Francés (Código Napoleónico), en esta etapa se redefine el concepto de la Patria Potestad, estableciéndose ya como un conjunto de derechos y poderes que la ley concede al Padre y la Madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como padres.

Desde nuestra perspectiva, la sociedad francesa ha dado un giro trascendental a la conceptualización moderna de la Patria Potestad, y se concede ya una igualdad de los derechos entre el hombre y la mujer en cuanto a su ejercicio otorgando autoridad sobre los hijos no solamente al padre, sino al padre y la madre. No obstante lo anterior existe una limitante en cuanto a su ejercicio por parte de la madre ya que el Código Civil Francés señala en su artículo 273 que "solamente el padre ejerce esa autoridad durante el matrimonio", por lo que el propio Código establece una delegación de facultades en beneficio exclusivo del padre, y el ejercicio por parte de la madre queda sujeto a una condición: la falta del padre.

De tal suerte podemos afirmar que son básicamente tres los supuestos, en virtud de los cuales la madre puede entrar en ejercicio pleno de la Patria Potestad:

¹⁴ Ibid. p. 252.

¹⁵ Ibid. p. 252.

¹⁶ Ibid. p. 275.

1. Muerte del Padre. El padre no puede delegar dicha responsabilidad a ninguna otra persona, ni siquiera por la vía testamentaria, por lo que dicha autoridad corresponde sólo a la madre.
2. Pérdida de la Patria Potestad por parte del Padre. Para que se dé este supuesto, se requiere de una sentencia judicial que expresamente determine que se priva al padre de ese derecho y designe en su lugar a la madre.
3. Cuando el padre no se encuentra en la posibilidad de ejercitar sus derechos y se refiere a dos situaciones:

- * Que el padre no este presente para ejercerlos (ausencia).
- * Que se encuentre privado de sus facultades mentales (locura).

1.5. DERECHO MEXICANO.

1.5.1. DERECHO AZTECA.

En nuestra opinión, de todas las culturas que florecieron en mesoamérica antes del descubrimiento y conquista por parte de los españoles, la Azteca es sin duda una de las de mayor trascendencia tanto culturalmente, como por su influencia territorial, comparable sólo con la Maya y la Inca, pero con la ventaja para su estudio de que en nuestros días existe una mayor codificación de su devenir histórico y por ende de su estructura jurídica.

En vísperas de la conquista se presentó un leve movimiento codificador, destinado probablemente para ser un apoyo de los jueces en el desempeño de sus funciones, más que para la orientación del público en general; dicho movimiento fue precedido por Netzahualcoyotl, al que se le atribuyen la realización de cerca de ochenta leyes, de las cuales han llegado a nuestros días treinta y dos de manera más o menos fehacientes.

En materia familiar, al igual que en la mayoría de los pueblos antiguos, su organización giraba en torno al matrimonio. Se permitía y era frecuente la poligamia a los varones sobre todo entre los nobles, aunque no era bien vista por el pueblo en general. A pesar de la poligamia se distinguía de todas las mujeres a una como la legítima, quien era aquélla con quien se había casado.¹⁷

En realidad el matrimonio no constituía una formalidad legal, más bien era un rito de origen social y religioso en el que participaban los novios, ambas familias y las casamenteras; cabe apuntar la ausencia de las autoridades políticas y religiosas. Pero no

¹⁷ Esquivel Obregón, T. "Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano". Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1984, p. 363.

obstante esto se le elevaba a un estatus de legal y era mal vista la unión que se llevaba a cabo sin esas formalidades.

Existía el concubinato pero en este caso "se menciona también un matrimonio sujeto a condición suspensiva, como se diría hoy. Si la mujer tenía un hijo de tal unión, los parientes podían exigir al hombre que se casara o la devolviera".¹⁸

Por lo que respecta a la patria potestad, el hombre era el jefe de la familia, pero en cuanto a los derechos sobre los hijos se encontraba en igualdad de condiciones que las mujeres; este hecho se manifiesta particularmente en lo referente a la educación de los hijos, así al padre le correspondía la educación de los hijos varones y a la madre la de las hijas.

Para los aztecas la educación de sus hijos jugaba un papel prioritario, así encontramos que "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".¹⁹

Por un lado el padre se encargaba de educar al hijo en las tareas concernientes a su sexo, como la caza, la pesca, la agricultura y algunos aspectos religiosos. Por su lado la madre se encargaba de la misma tarea respecto de sus hijas, educándolas para el matrimonio.

Existía también una educación formal: "A los quince años los encargaban al Calmecac o al Telpochcalli, según la promesa que se hubiese hecho el día de su bautismo".²⁰ Estos centros educativos eran unos establecimientos en los que los varones permanecían de cuatro a cinco años, de donde salían hasta que los padres habían concertado las condiciones de su matrimonio. También se les preparaba para integrarse al servicio público.

La mujer se educaba con su madre para que llegaran preparadas al matrimonio; no obstante, existían establecimientos especiales para su educación, y otros de educación y reclusión, que constituían una especie de conventos, los que se encontraban bajo la supervisión y autoridad de los sumos sacerdotes.

Consideramos que a pesar de que el desarrollo del derecho y de las instituciones familiares en los aztecas no tiene una influencia directa de las instituciones del derecho romano, como ocurre con la mayoría de los pueblos europeos, se encuentran algunas similitudes en cuanto a la patria potestad, y sobre todo en la excesiva autoridad paterna sobre los hijos.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Mendieta y Núñez, Lucio. "El Derecho Precolonial Mexicano", Editorial Porrúa, México D.F., 1992, p. 99.

²⁰ *Idem.*

La patria potestad constituía un enorme poder en favor de los padres, ya que podía vender como esclavos a los hijos si se daban las siguientes condiciones:

1. Cuando los hijos eran incorregibles, en tal situación requerían de la autorización judicial.
2. En caso de que la miseria extrema de los padres no le permitiera soportar la carga económica de la manutención del hijo.
3. Entre los aztecas era común el juego, por lo tanto entre las clases bajas era fácil perder rápido todos los bienes, por lo cual era común que los padres vendieran a sus hijos para cubrir sus deudas de juego.²¹

En este sentido cabe aclarar que a diferencia de la figura de la esclavitud en Roma, entre los aztecas el esclavo no pierde su personalidad jurídica sino sólo la libertad, lo que suaviza un tanto la situación de los esclavos.

Otro poder del padre lo constituía el derecho que tenía para comprometer y casar a sus hijos, así el matrimonio celebrado sin la autorización paterna se consideraba ignominioso.

Se le concedía al padre la facultad de castigar a sus hijos autorizándolos para utilizar la violencia, generalmente se les castigaba hiriéndolos con espinas de maguey o cortándoles el cabello.

Una situación curiosa se presentaba cuando de un parto nacían hermanos gemelos, se le permitía al padre matar a uno de los recién nacidos, pues se consideraba de mal agüero ya que se pensaba que esto significaba que alguno de los padres desaparecería por alguna causa.²²

Entre los aztecas sólo se conocía una forma de terminar con el ejercicio de la patria potestad y la constituía el matrimonio del hijo. En caso de muerte del padre no se extinguía el ejercicio de la patria potestad, sino que se transmitía al tío paterno, quien ejercía este derecho al casarse con su cuñada viuda.²³ Si se presentaba la muerte del padre y la inexistencia de tíos paternos para casarse con la viuda, se presentaba una especie de tutela testamentaria en la que el padre dejaba encargado a su hijo, antes de morir a una persona determinada.

²¹ Esquivel Obregón, T. Op. Cit. p. 359.

²² *Ibid.* p. 366.

²³ *Ibid.* p. 363.

1.5.2. ÉPOCA COLONIAL.

En el México Colonial se dio la fusión de dos culturas, lo que implica desde luego la integración de dos sistemas jurídicos, situación en la que necesariamente se da el predorriminio de uno de estos sistemas jurídicos, el español y el sojuzgamiento del otro, el derecho precortesiano.

En este periodo no se crea Derecho en la Nueva España, por el contrario, las legislaciones civiles impuestas en la península ibérica tuvieron aplicación en los territorios conquistados, circunstancia que se proroga incluso aun después de consumada la Independencia y hasta la promulgación de los primeros Códigos Civiles en el México independiente.

En un principio se aplicaron de este lado del Atlántico, las Leyes del Toro, hasta la publicación de la Nueva y la Novísima Recopilación y supletoriamente se aplicaron el ordenamiento de Alcalá, Las Siete Partidas, El Fuero Real y el Fuero Juzgo.

Para el año de 1570, la corona española puso en vigor una recopilación llamada las Leyes de Indias, en las que se contenían disposiciones legales dictadas por la monarquía y que eran aplicables en el continente americano; posteriormente en 1786, bajo el reinado de Carlos II fue dictada la Real Ordenanza de Intendentes, las cuales formalmente eran las nuevas disposiciones legales a cumplirse en la Nueva España, en la practica éstas quedaban delegadas en beneficio de numerosas cédulas y autos acordados por el consejo de Indias.

En materia familiar una cédula real del 12 de julio de 1574, contiene entre otras, las siguientes disposiciones: "el derecho indiano aporta sus propias disposiciones, como una mayor flexibilidad para obtener dispensas de los excesivos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficio de los negros y mulatos del principio de que se necesite licencia paterna para el matrimonio, una presión legal para que los solteros se casen (sobre todo tratándose de encomenderos), cierta presión para que los negros se casen con negros, prohibiciones de que virreyes y otros altos funcionarios se casen con mujeres domiciliadas en el territorio donde ejercen sus funciones (sopena de pérdida del empleo), reglas especiales para la transformación de los matrimonios de los indígenas, existentes previamente a su cristianización, en validos matrimonios cristianos (con el problema de los ya existentes matrimonios poligámicos, incestuosos, etcétera), un control por parte del consejo de indias sobre las legitimaciones autorizadas en las indias, un especial control por parte de los cabildos sobre las tutelas y las fianzas respectivas, reglas para que los colonos no abandonen a sus esposas en España, normas para preservar la unidad de la familia indígena (prohibiéndose que la mujer trabaje en la hacienda si el marido no trabaja allí mismo, etc.)"²⁴

²⁴ Margadant Santalot, Floris Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Editorial Esfinge, México, D.F., 1993, p. 131.

Las Partidas fueron de aplicación básica en cuanto a la patria potestad, éstas regían la organización del grupo familiar, en este sentido tuvieron aplicación leyes como el Código de las Partidas, el Fuero Juzgo que otorgaba a la mujer el ejercicio de la patria potestad, Las leyes del Toro y aun después de la Independencia, el Código de 1820.

En las Siete Partidas encontramos un gran retroceso en cuanto a patria potestad se refiere, ya que otorgan nuevamente de forma exclusiva, su ejercicio al padre, excluyendo totalmente de su ejercicio a la madre y a cualquier otro pariente como lo contemplaba el Fuero Juzgo.

Las Leyes del Toro mantienen la exclusividad del padre en cuanto al ejercicio de la patria potestad, pero otorgando a los hijos el beneficio de la emancipación con la única condición de que se casaran con total apego a las formalidades exigidas por la Iglesia Católica.

1.5.3. CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Como apuntábamos en el apartado anterior la legislación española estuvo vigente en el territorio nacional aun después de consumada la Independencia, hecho que resulta por demás lógico si pensamos que la tarea fundamental del naciente gobierno Independiente era sentar las bases y fundamentos de una nueva nación, lo que intrínsecamente comprende la creación de su correspondiente esfera jurídica, lo que implica que en este sentido se haya abocado dicho gobierno, a la creación primero de leyes de carácter público indispensables para el funcionamiento de las nuevas autoridades independientes, postergando la creación de las de carácter privado.

No es sino hasta el 01 de marzo de 1870 en que entra en vigor el primer Código Civil para el Distrito Federal, en este ordenamiento y por lo que se refiere a la Patria Potestad se establece en su título octavo los tres siguientes capítulos:

1. De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.
2. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.
3. De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Así establece en su artículo 390 que los hijos menores de edad no emancipados están dentro de la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde ejercerla según la ley. En el artículo 391 contempla que la patria potestad se ejerce sobre los hijos legítimos y naturales legitimados o reconocidos.

Contempla un catálogo de quienes son los llamados a ejercer la patria potestad, en el siguiente orden:

1. El Padre.
2. La Madre.
3. El Abuelo Paterno.
4. El Abuelo Materno.
5. La Abuela Paterna.
6. La Abuela Materna.

Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga. Este Código permite la renuncia al ejercicio de la patria potestad pero sólo a la madre, abuelos y abuelas recayendo en el ascendiente al que corresponda según la ley, si no lo hubiere se le nombrará un tutor.

Concede al padre la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, pudiendo los padres auxiliarse en las autoridades en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada. Asimismo, se establece que a falta de padre esta facultad corresponderá al ascendiente al que corresponda la patria potestad.

El artículo 401 prevé:

"Los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad se clasifican en:

1. Bienes que proceden de donación del padre;
2. Bienes que proceden de la donación de la madre o de los abuelos, aun cuando aquélla o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;
3. Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre;
4. Bienes debidos al don de la fortuna;
5. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere".

El padre puede conceder al hijo la administración de sus bienes, y en este caso se le tendrá por emancipado en cuanto a la administración se refiere.

La patria potestad se acaba en este Código Civil:

1. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
2. Por la emancipación.
3. Por la mayor edad del hijo.

La patria potestad se pierde en éste Código Civil cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.

1.5.4. CÓDIGO CIVIL DE 1884.

El 01 de junio de 1884 entra en vigor el nuevo Código Civil para el Distrito Federal. En esencia, este Código adopta todas las disposiciones estipuladas en cuanto a la patria potestad por el Código de 1870.

Establece como título de los capítulos los mismos, la minoría de edad la establece hasta los veintiún años cumplidos, y somete a la patria potestad a los hijos menores de edad no emancipados mientras exista alguno de los llamados a ejercerla.

Las personas que la ejercen son las mismas, en el mismo orden y bajo la condición de que para que entre en ejercicio de ella, el que sigue en orden debe haberse perdido este derecho por el llamado preferentemente por muerte, interdicción o ausencia.

Asimismo, el derecho de corregir y castigar a los hijos se otorga en los mismos términos al padre, contemplándose el auxilio de las autoridades siempre que sean requeridas para ello, y a falta del padre la ejercerá el ascendiente que corresponda según el orden establecido.

La única diferencia notoria en cuanto a lo establecido por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, por lo que se refiere a la patria potestad, la encontramos en lo relativo a los bienes que son propiedad del hijo, en este sentido el artículo 375 del Código Civil de 1884, establece:

"Los bienes del hijo, mientras esté bajo la patria potestad, se derivan en seis clases:

1. Bienes que procedan de donación del padre.
2. Bienes que procedan de herencia o legado del padre.
3. Bienes que procedan de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aun cuando aquélla o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.
4. Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre.
5. Bienes debidos a don de la fortuna.
6. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

En nuestra opinión son dos las diferencias existentes en el tratamiento de los bienes del hijo entre el Código de 1870 y el de 1884:

1. Primeramente se incluye una fracción más en el de 1884, la referente a los bienes heredados o donados por el padre.

2. La siguiente diferencia es en el mismo sentido y se refiere a la inclusión en este Código, de los bienes heredados o legados al menor por la madre o los abuelos, o por los parientes colaterales o personas extrañas. En este sentido el Código de 1870, fue omiso en definir a quién corresponde la propiedad y administración de los bienes heredados o legados al menor de edad.

CAPÍTULO 2. CONCEPTOS GENERALES.

2.1. CONCEPTO DE DERECHO.

El hombre es un ser social por excelencia, no puede vivir aislado, necesita de los demás hombres para su supervivencia; la vida en sociedad se le impone a tal grado que se convierte no sólo en una conveniencia sino en una necesidad. Esto se manifiesta desde su nacimiento; el ser humano nace perteneciendo ya a un grupo social, la familia, que es la primera etapa la más elemental representación de la vida en común.

El hombre antes que pertenecer a un grupo es un individuo; así pues, las relaciones sociales se tornan complejas al individualizar la sociedad, al ver un grupo social como un conjunto de seres individuales, con intereses y necesidades propias diferentes a las de los demás. Un grupo social está formado por individuos, con características, finalidades y objetivos únicos y distintos a los de todos los demás miembros de su grupo social.

"El individuo tiene, a través de su existencia, diversas finalidades que cumplir; desde la conservación de su vida propia hasta la realización de su perfeccionamiento moral; pero para lograrlas necesita la ayuda y unión de los demás. La sociedad es, entonces, la condición necesaria para que aquél realice su propio destino".²⁵

Dentro de la familia, al ser el primer contacto que el individuo tiene con la sociedad, en su seno se establecen las primeras relaciones sociales; pero éstas no quedan aquí; el individuo tiene necesidad de salir de ella y conocer el entorno que le rodea, así se dan sus primeros contactos con las instituciones educativas, posteriormente se establece una relación con la Iglesia a la que pertenezca; de esta forma va creciendo su círculo de actividad social hasta vincularse con las entidades políticas como el Municipio, la Entidad Federativa, es decir el Estado. Como lo señala el tratadista Alberto Pacheco: "Estado y Familia son las dos instituciones naturales necesarias para la adecuada convivencia humana, pero no ha creado el Estado a la Familia como tampoco puede considerarse que la Familia sea la que haya dado origen al Estado".²⁶

Al existir la vida social, las relaciones sociales tienden a definirse y a organizarse, surgiendo de esta forma el Derecho, que tendrá la doble función de regir, por un lado, la subsistencia de la vida en sociedad haciéndola compatible con los intereses del individuo, pero siempre en relación al comportamiento con los demás sujetos miembros del grupo social, y por el otro deberá garantizar los derechos que cada sujeto tiene y que son oponibles a los demás.

²⁵ Moto Salazar, Efraín. "Elementos del Derecho", Editorial Porrúa, México, D.F., 1994, p. 1.

²⁶ Pacheco E, Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1985, p. 19

Entendiendo la vida en sociedad como un grupo de individuos con fines e intereses únicos e individuales, que establecen relaciones sociales con los demás miembros del grupo para obtener sus fines, se vuelve entonces necesario la creación de una serie de normas concretas y específicas que regulen el comportamiento de dicho individuo ante la sociedad, sometiendo así la conducta del individuo a una serie de mandatos e imperativos, que no pueden dejar de cumplirse bajo el riesgo de incurrir en una sanción, surgiendo así las normas de conducta, que pueden ser:

1. Normas Técnicas: Según Moto Salazar, son las que establecen la mejor forma de hacer bien una cosa, tiene como sanción el fracaso en la tarea realizada.²⁷
2. Normas Sociales: Son establecidas por el grupo social y tienen por objeto el buen comportamiento y el refinamiento social del individuo, tiene como sanción el rechazo, la reprobación, el señalamiento, la burla del grupo social contra el individuo que no la obedece.²⁸ Para el maestro García Maynez "Éstos preceptos se parecen tanto a los del derecho, que ciertos autores han creído imposible hacer una distinción. Del Vecchio, por ejemplo, opina que la conducta del hombre sólo puede ser objeto de regulación moral o regulación jurídica, y Radbruch sostiene que los usos representan una etapa embrionaria de las normas del derecho, o bien una degradación de éstas".²⁹
3. Normas Morales: Estas normas tienen la característica de ser individuales, son impuestas por uno mismo; cada individuo, en su fuero interno, establece los deberes que tiene que cumplir ya sea para consigo, ya sea para con los demás individuos, esta norma tiene como sanción el remordimiento, el sentimiento de culpabilidad, la intranquilidad de la propia conciencia.³⁰
4. Normas Religiosas: Son los preceptos dictados por Dios a los hombres, la sanción será el premio o el castigo de la vida eterna.³¹
5. Normas Jurídicas: Estas normas rigen y coordinan la vida en sociedad, la sanción es la coacción, es decir, el hecho de hacer cumplir con ellas por la fuerza de ser necesario.³²

" El hombre al relacionarse con sus semejantes debe observar para con ellos una determinada conducta, dicha conducta es regulada por las normas jurídicas, las cuales contienen siempre mandatos o disposiciones de orden general que determinan lo que debe ser, en otras palabras, mandamientos dirigidos a los individuos".³³

²⁷ Moto Salazar, Efraín. Op. Cit., p. 3.

²⁸ Idem.

²⁹ García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México. p. 25.

³⁰ Moto Salazar, Efraín. Op. Cit., p. 3.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Ibid. P. 4.

Las normas jurídicas, a diferencia de las sociales, morales y religiosas, se caracterizan por que son creadas por el Estado, imponiéndoles el carácter de obligatorias y dándoles fuerza coactiva, lo que quiere decir que el propio Estado a través de sus órganos correspondientes las hará cumplir forzosamente, sin importar aquí la voluntad individual. Consideramos que resulta obvio que el Estado, en general, no creará normas jurídicas por capricho o persiguiendo como único fin su cumplimiento forzoso, por el contrario, las creará buscando la armoniosa convivencia social regulando mediante ellas las relaciones interpersonales propias entre los miembros de la sociedad, así como las relaciones que se originen entre el propio Estado y los individuos, atendiendo siempre al bien común y procurando que cada individuo llegue a cristalizar sus fines, pero regulando su conducta dentro de los parámetros establecidos por dichas normas jurídicas.

En nuestra opinión en un plano ideal, lo deseable sería que el individuo libre y espontáneamente cumpliera con todas las normas jurídicas establecidas, pero en la realidad esto no ocurre así. En la práctica social no siempre todos los individuos cumplen en sus extremos las normas jurídicas establecidas, es por esto que se elevan al carácter de obligatorias; el Estado por lo tanto no limita su actuación en la sola creación de dichas normas, sino que interviene imponiéndolas y haciéndolas cumplir por la fuerza, el medio a través del cual se vale para hacer eficaz su observancia es la sanción. Las sanciones serán diferentes y serán más o menos enérgicas según sea la gravedad de la infracción cometida a la norma jurídica.

De esta manera la norma jurídica se manifiesta en forma de ley, que no será otra cosa que la norma jurídica dictada por el poder público, es decir por el Estado, y que tendrá como fin último el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común. El conjunto de leyes de un país formarán el Derecho escrito de ese país.

La palabra DERECHO proviene del latín DIRECTUM, que en sentido figurado expresa la idea de algo que es dirigido y sometido por una fuerza rectora, o sea, lo que está conforme a la regla, resumiendo en una palabra LO QUE ES RECTO.

El maestro Moto Salazar lo define como "un conjunto de normas que regulan la conducta social de los individuos, susceptibles de recibir una sanción política y que, inspirados en la idea de justicia, tienden a realizar el orden social".³⁴

Rojina Villegas lo define "como un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva".³⁵

³⁴ *Ibid.* p. 7.

³⁵ *Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa, México 1991. p. 7.*

Galindo Garfias señala: "es el sistema racional de normas de conducta que impuesto coercitivamente por el Estado, tienen como finalidad la realización del orden, la seguridad y la justicia en el grupo social en el cual se aplican".³⁶

En nuestra opinión el Derecho es un conjunto de normas de conducta, organizadas sistemáticamente, dictadas por el poder público para regular la vida del hombre en sociedad, con la finalidad de obtener el bien común y la justicia, cuyo cumplimiento es impuesto por el Estado coercitivamente.

La vida en sociedad implica una serie de actividades diversas, es por esto que para funcionar adecuadamente, el Derecho, como instrumento rector de la conducta humana, se diversifica y especializa en cada área de estas actividades, así surge la necesidad de clasificar el Derecho para lograr una mejor regulación de la actividad humana.

2.2. CONCEPTO DE DERECHO CIVIL.

El Derecho Civil en sus orígenes era conocido con el nombre de *JUS CIVILE* y comprendía todo el Derecho en Roma, tanto el público como el privado. Como Derecho privado, el *JUS CIVILE*, era aquella parte del Derecho romano que atendía a la determinación de los derechos y a la solución de los conflictos entre los particulares, en razón exclusivamente del interés particular.

El *JUS CIVILE* comprendía todo el Derecho romano tanto el público como el privado y se le denominaba *civile* para manifestar que las normas que en él se contenían eran la expresión del espíritu, de la voluntad de la ciudadanía romana.³⁷

La palabra *CIVIL* proviene del latín "*CIVES*" o "*CIVITAS*", y originalmente *CIVES* era el nombre con el que se le conocía al hombre de la ciudad en Roma y se refería al individuo capaz de adquirir derechos y obligaciones, a quien se le aplicaba en toda su plenitud el ordenamiento jurídico.³⁸

En su evolución histórica, el Derecho Civil se refiere a aquel sector del Derecho que contiene los principios sustanciales de la organización jurídica de la comunidad, y que tiene como objeto básico la protección de la persona permitiéndole llegar a obtener sus fines, la regulación de las relaciones familiares y la reglamentación del ámbito patrimonial de los bienes.

³⁶ Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, p. 23.

³⁷ *Ibid.* P. 94.

³⁸ *Ibid.* P. 93.

Resulta particularmente difícil lograr una definición precisa de lo que es el Derecho Civil moderno, ya que él mismo ha sufrido diversas ramificaciones a través del tiempo, como señalábamnos en un principio, en la antigua Roma abarcaba tanto el derecho privado como el público. Luego se le refirió sólo en cuanto al derecho privado, entendiendo por éste las relaciones exclusivas entre particulares, así podemos decir que el derecho civil es el derecho privado, lo que significa que afecta a las relaciones más comunes de la vida.

En el derecho moderno no todas las relaciones jurídicas entre particulares están reglamentadas por esta rama del derecho; así aparece al lado del Derecho Civil el Derecho Mercantil, que se encargará de reglamentar un sector particular de las actividades y relaciones de los particulares, que son las relaciones jurídicas que tengan que ver con la actividad comercial y con los particulares comerciantes.

Con esta ramificación el Derecho Civil sufrió la separación del Derecho Mercantil convirtiéndose en una rama independiente del derecho; no obstante, en la legislación mexicana, el Derecho Civil se considera el supletorio al Derecho Mercantil para llenar las lagunas que éste pudiera tener.

Para establecer el contenido de una materia del Derecho bastaría usualmente con referimos a su definición y en base a ella obtendríamos los conceptos que estudia dicha materia. En el Derecho Civil no ocurre esto; si bien conforme a su definición, como veremos más adelante, abarca los aspectos relativos a la personalidad, la asociación, la familia, el patrimonio incluyéndose en éste los derechos de cosas, de obligación y de sucesión mortis causa. El Derecho Civil es más complejo y sobre todo más general, en él no se incluyen sólo los aspectos antes mencionados, sino que engloba otros que corresponden a otras ramas del Derecho.

Clemente de Diego define al Derecho Civil como "el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derechos y patrimonio, y como miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del conjunto social".³⁹

El tratadista español Castan Tobeñas lo conceptúa como "el sistema de normas que regulan las relaciones jurídicas de los particulares (individuos o entes colectivos), entre sí, protegiendo la persona en sí misma y en sus intereses, tanto de orden moral (esfera de derechos de familia y corporativos) como en el orden patrimonial (esfera de los derechos reales y de las obligaciones y de la sucesión mortis causa)".⁴⁰

³⁹ Citado por De Pina Vara Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1985, p. 74.

⁴⁰ Citado por De Pina Vara Rafael, Ob. Cit., p. 75.

Por su parte, Du Pasquier dice "El Derecho Civil determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio), y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo)".⁴¹

Definitivamente para llegar a una definición más o menos fehaciente de lo que es el Derecho Civil, la mejor manera de lograrla es describiendo los aspectos generales del derecho que estudia, ya que por su diversidad e injerencia en otras ramas del derecho resultaría prácticamente imposible definirla, por lo que coincidimos con la definición que el maestro Ignacio Galindo Garfias hace al respecto, diciendo: "el conjunto de normas que se refieren a la persona humana como tal y que comprende los derechos de la personalidad (estado y capacidad), los derechos patrimoniales (obligaciones, contratos, sucesión hereditaria) y las relaciones jurídico familiares (parentesco, filiación, matrimonio, patria potestad y tutela)".⁴²

2.3. CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA.

El origen de la familia es anterior al origen del Derecho. En los pueblos primitivos las familias nómadas se formaban por un varón y una o varias mujeres, sus hijos y en ocasiones por unos cuantos parientes, quienes a cambio de protección a cargo del jefe de la familia, colaboraban con ella en las actividades de caza, pesca o recolección de frutos.

Consolidados los lazos biológicos familiares, y una vez trocados los pueblos nómadas en sedentarios, surge un nuevo elemento en la vida de las familias o clanes; el orden religioso, el cual marcará en adelante la vida de los pueblos, así cada clan se identifica con una deidad característica de su tronco común, a la que rinden culto todos los miembros por considerarlo el origen y creador de su estirpe y la explicación de los misterios naturales.

En Roma la familia se convirtió en un ente separado del Estado; era una sociedad aparte dentro de este; descansaba la esencia de la misma en la figura del matrimonio, que no era considerado únicamente como un acto solemne en el que se declaraba la voluntad de los cónyuges de tomarse por esposos, sino que incluía toda la vida en común, constante y permanente en la que el marido y la mujer se obligaban a compartir un mismo techo y a someterse la mujer a la deidad del pater.

La familia moderna está formada por los progenitores y su descendencia, o sea, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos. Se le ha considerado como el núcleo inicial de todo orden social, y es el medio por el cual el individuo logra su

⁴¹ Citado por García Maynez, Eduardo. Op. Cit., p. 146.

⁴² Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., p. 94.

desarrollo físico, social y emocional. Desde el punto de vista económico es la base de la seguridad material del individuo. El término familia puede ser visto desde tres perspectivas:

Biológicamente. "El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

"La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre".⁴³

Sociológicamente. Dicho concepto es cambiante en el tiempo y el espacio, esto se debe a que la familia se organizará conforme a las necesidades que le sean impuestas en la época y lugar en que se desarrolle; así por ejemplo en una sociedad industrial la familia se conformará sólo de la pareja y de los hijos; en una comunidad agrícola las familias se componen por distintas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a las familias originarias, o sea, la familia fundadora. Mientras que en la primera de éstas los lazos son de sangre y matrimonio entre los parientes; en la segunda no siempre se presenta así, ya que aunado al matrimonio y los lazos de sangre aparecen otros aspectos como los siervos, quienes vivían bajo el mismo techo. Así pues el concepto sociológico es "la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda".⁴⁴

Jurídicamente. Atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación, conocidos éstos como parentesco, y a los que la ley concede ciertos efectos por lo que crean derechos, deberes y obligaciones entre sus miembros. Desde el punto de vista jurídico, la existencia de la pareja puede constituir una familia, entre el hombre y la mujer en estas condiciones se establecen ya derechos, deberes y obligaciones recíprocas (matrimonio y concubinato). Estos deberes, derechos y obligaciones no atañen sólo a ellos sino que protegen en su esfera, como parte de la familia, a los descendientes, incluso a falta de los progenitores. El concepto jurídico de familia es más limitado que el biológico o sociológico, en él sólo se consideran miembros de la familia a la pareja, sus descendientes y ascendientes, y cuando descienden del mismo progenitor o tronco común incluye a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

La familia, desde el punto de vista jurídico, es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes, sus descendientes y demás personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o concubinato, o civiles, a los que el ordenamiento jurídico impone deberes y otorga derechos.

⁴³ Baqueiro, Edgar. "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Haria, México, D.F., p. 8.

⁴⁴ Idem.

"Los derechos que nacen de las relaciones familiares son potestades que se ejercitan siempre en interés del sometido no en interés del titular de dicha potestad. No son derechos subjetivos de sólo interés del titular: son funciones, oficios, para cuidar y atender el interés familiar. En algún modo son cargos públicos que también corresponden e interesan al Estado."⁴⁵

Como institución jurídica la familia se caracteriza por contener disposiciones imperativas e irrevocables, si en la antigüedad la voluntad de los particulares era la que establecía la normatividad dentro y fuera del ámbito familiar, en la actualidad el Estado es quien la establece por razones de interés público, transformándose las facultades y poderes que tenía el pater sobre el resto del grupo familiar y sus bienes, en deberes y facultades en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia. En este sentido se transcriben los artículos 138 TER. Y 138 QUATER del Código Civil para el Distrito Federal:

Art:138-Ter. "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad".

Art:138-Quáter. "Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia".

Día con día el Estado interviene mayormente en la organización de la familia, puesto que la considera una institución fundamental, se refleja un particular interés por el desarrollo armónico y sano así como de conservación de la familia. Al ser el primer contacto que tiene el individuo con su entorno social importa un especial interés para el Estado, el cual coincide con los intereses propios de la familia, sobre todo en lo tocante a la formación de buenos hijos, sanos, honestos y productivos, lo que se traducirá en ciudadanos con las mismas características.

El Estado manifestará su interés hacia el interior de la familia dando origen a normas jurídicas que protejan el orden moral, económico y social de manera que la fortalezcan y le permitan cumplir con sus fines naturales, como son la procreación, cuidado y educación moral, intelectual y física de los hijos.

Estos fines revisten un carácter no sólo biológico sino intelectual, por eso, a la finalidad de procrear y con ello lograr la preservación de la especie se agrega la formación integral de sus miembros, para lo que ellos requieren la convivencia armónica y la solidaridad del grupo familiar. Los lazos biológicos dan lugar a otros de orden interno, manifestados en los valores éticos y jurídicos; es por ello que las normas jurídicas del derecho de familia se ven ampliamente influidas por las del orden moral y religioso.

⁴⁵ Pacheco E, Alberto. Op. Cit., p. 28.

Edgar Baqueiro define al Derecho de Familia "como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación".⁴⁶

Por su parte el maestro Galindo Garfias lo define como "un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales, y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. Estas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etc.), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos".⁴⁷

El Derecho de Familia será, en nuestra opinión, el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, parten de un hecho biológico y social, derivadas del matrimonio, el concubinato, la procreación de los hijos, el parentesco y la institución de la filiación. Para reforzar lo anterior se transcriben los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal:

Art:138-Quintus. "Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato".

Art:138-Sextus. "Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares".

Los hechos biológicos y sociales regulados por el Derecho de Familia son aquellos que derivan de las instituciones jurídicas del matrimonio, concubinato, parentesco y filiación, por lo que a éstas se les considera como las fuentes del derecho de familia. Estas instituciones se derivan del hecho social de la vida de pareja, del hecho bio-social de la procreación. Como excepción existe la posibilidad de que a pesar de darse la vida de pareja, sea matrimonial o extramatrimonial, no llegue a lograrse la procreación, lo que puede dar origen (y no sólo en este supuesto) a otra institución del derecho de familia: la adopción, que se constituye en otra fuente de las relaciones familiares.

Estas instituciones no son las únicas reguladas por el Derecho de Familia, se incluyen algunas de carácter puramente patrimonial como el patrimonio de familia y las sucesiones. En general podemos afirmar que esta rama del derecho tiene su origen en cuatro grandes fuentes:

⁴⁶ Baqueiro Edgar. Op. Cit., p. 10.

⁴⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., p. 437.

1. Las de vida en pareja (es necesaria la unión de distintos sexos): el matrimonio y el concubinato.
2. Las de procreación: la filiación (matrimonial y extramatrimonial) y la adopción.
3. Las de asistencia: la tutela y la patria potestad.
4. Las patrimoniales: las sucesiones (legítima y testamentaria) y el patrimonio de familia.

2.3.1. EL PARENTESCO.

Baqueiro define al parentesco como "la relación jurídica general, permanente y abstracta generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos), que se conoce como estado civil o familiar".⁴⁸

En otras palabras, el parentesco no es otra cosa que la pertenencia de una persona a un determinado grupo familiar, se convierte en una manifestación de la colaboración social que surge entre los individuos miembros de la misma, y se funda en los lazos afectivos que derivan de la coincidencias de sangre, por matrimonio y la adopción.

En el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal se establece los tipos de parentesco que la ley reconoce y dice: "La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil".

El parentesco por consanguinidad es el que se establece entre las personas que descienden de un mismo tronco común (así encontramos a los hermanos, pues descienden todos del mismo padre y madre o de uno solo de ellos, a los abuelos y los nietos). Y lo regula el artículo 293:

"El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un mismo tronco común.

"También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

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

Este parentesco genera los siguientes efectos:

⁴⁸ Baqueiro, Edgar. Op. Cit., p. 17.

1. Otorga capacidad para heredar por sucesión legítima, pero sólo se confiere este derecho a este tipo de parentesco hasta el cuarto grado, y al generado por la adopción donde el adoptado adquiere por ese hecho todos los derechos de hijo pero sólo frente al adoptante. En cuanto al parentesco por afinidad expresamente el Código Civil en el artículo 1603, lo excluye del derecho a heredar.
2. Se establece la obligación de dar alimentos a las personas de quienes se tiene el derecho de exigirles los mismos, de donde se desprende que la obligación de dar alimentos es recíproca, es decir, quien está obligado a proporcionarlos tiene derecho a recibirlos.
3. A los parientes consanguíneos se les impone la carga de desempeñar la tutela legítima, ya que ésta corresponde a los hermanos mayores de edad sobre quienes sean incapaces, y a falta de ellos a los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado.
4. Se establecen impedimentos para contraer matrimonio entre parientes consanguíneos, teniendo impedimento para casarse entre ellos los parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado y colateral igual entre hermanos y medios hermanos, y en colateral desigual entre tíos y sobrinos pudiendo ésta ser dispensable. En este sentido se transcribe el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, fracción III:

Art.156: "Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

...III. El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa".

El parentesco por afinidad lo define el artículo 294 que dice: "El parentesco por afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos".

Este parentesco establece un vínculo entre cada uno de los cónyuges y concubinos con los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada), pero este vínculo no será tan amplio como en el consanguíneo. A través de la afinidad se hace entrar a uno de los cónyuges o concubino a la familia del otro, pero sin todas las consecuencias jurídicas que trae consigo el parentesco consanguíneo, ya que nace como una consecuencia del matrimonio y el concubinato.

La afinidad produce como principal efecto el impedimento para contraer matrimonio con los parientes consanguíneos del cónyuge o concubino en línea recta sin limitación alguna.

El parentesco por afinidad no da derecho a heredar, solo los cónyuges adquieren tal derecho; situación que ocurre también en cuanto a los alimentos, donde se establece la obligación alimentaria entre los cónyuges pero no con los parientes por afinidad.⁴⁹

El parentesco civil es el que se establece entre el adoptado y el adoptante. Se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que exista entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Se presenta cuando una persona manifiesta su voluntad de considerar como hijo a un menor o incapacitado, mediante las formalidades y procedimientos que determine la ley. Crea una doble función, por un lado da origen a una descendencia ficticia para quienes no han tenido hijos propios, o que aun teniéndolos desean adoptar alguno, y por otro lado establece la posibilidad de que quien es adoptado reciba el cuidado que su estado de minoridad o incapacidad requiera.

Entre los principales efectos que produce se encuentran los siguientes:

1. Atribuye al adoptante la patria potestad del adoptado, por este hecho adquiere su representación, la administración de sus bienes y la mitad del usufructo de los bienes del adoptado.
2. El adoptado adquiere todos los derechos de un hijo, como es el derecho a usar el nombre del adoptante y el derecho a heredar, lo que sólo se limita a la sucesión del adoptante, ya que no crea vínculos con los demás parientes de éste.
3. Existe un impedimento para la unión matrimonial entre adoptante y adoptado.

Para determinar la cercanía o lejanía del parentesco, el Código Civil establece los conceptos de grado y línea de parentesco.

El grado de parentesco estará formado por cada generación, así todos los miembros de una generación se encuentran en un mismo grado de parentesco respecto del ascendiente, de esta forma todos los hijos de un padre se encuentran dentro del mismo grado de parentesco respecto a éste.

La línea de parentesco se establece por la serie de grados de parentesco o generaciones, así los hijos de un padre y los hijos de sus hijos forman una línea.

La línea puede ser recta o transversal:

1. Recta: Es la formada por parientes que descienden unos de otros (padre, hijos, nietos, bisnietos), ésta será ascendente o descendente. Ascendente es la que liga

⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., p. 259.

a una persona con su progenitor más lejano (hijo, padre, abuelo, bisabuelo). Descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden; en ésta los grados se cuentan según el número de generaciones o por el de las personas excluyendo al progenitor.⁵⁰

2. Transversal o colateral: Es la que se forma por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común, aquí encontramos a los tíos, sobrinos, primos que tienen como progenitor común al abuelo, aunque no descienden unos de otros. Puede ser igual o desigual dependiendo de la generación en que se encuentre cada pariente. Será transversal igual cuando la distancia generacional que existe entre los parientes es la misma, hermanos entre sí, primos respecto a otros primos. La transversal desigual es aquella que se presenta cuando la distancia generacional entre los parientes es distinta, o sea, entre tíos y sobrinos. En ésta los grados se cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las líneas y bajando por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos considerados, excluyendo la del progenitor o tronco común.

2.3.2. PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

La paternidad y la filiación, como la mayoría de las figuras del derecho de familia, tienen su origen en un hecho biológico: la procreación; lo que a su vez da origen a un vínculo jurídico entre los progenitores (padre y madre) y el hijo. Este vínculo desde el punto de vista de los padres se traducirá en la paternidad y desde la perspectiva de los hijos es la filiación.

Moto Salazar define a la Filiación diciendo que "es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro."⁵¹

La paternidad y la filiación jurídicamente son una manifestación del hecho biológico de la procreación y una consecuencia de éste: para que haya paternidad y filiación jurídica es necesario que haya paternidad y filiación biológica (excepto con la adopción que es una figura jurídica que suple la procreación por una situación ficticia). A lo anterior podemos agregar que biológicamente no hay confusión, siempre habrá paternidad y filiación, si hay un hijo siempre habrá un padre; jurídicamente esta situación no siempre se presenta así, puede suceder que haya un hijo sin padres ya sea por que ha sido abandonado y se desconocen a los mismos, o porque aún conociéndolos no se cumplen con las formalidades requeridas por la ley para crear el vínculo jurídico.

Podemos definir a la filiación diciendo que es la relación jurídica que surge entre los padres y su hijo, a las que la ley atribuye deberes y derechos. El artículo 338 del

⁵⁰ Ibid. P. 257.

⁵¹ Moto Salazar, Efraín. Op. Cit., p. 175.

Código Civil para el Distrito Federal la define como: "...la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse o comprometerse en árbitros".

La filiación al derivar de un hecho biológico, puede presentarse dentro o fuera del matrimonio; en la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal no hace distinción alguna entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y el artículo 338 Bis de dicho ordenamiento es claro: "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen". Es interesante señalar la opinión de Antonio de Ibarrola que al respecto dice: "cuando la filiación está fundamentada y cimentada en el matrimonio produce sus más plenos y completos efectos en todas partes. No así entre nosotros, pues en México realmente no hay distinción alguna entre hijos legítimos e hijos naturales",⁵² y para él "la única manera jurídica de equiparar a los hijos legítimos con los naturales es la de suprimir lisa y llanamente la institución del matrimonio."⁵³

Doctrinalmente podemos clasificarla en:

1. Filiación Legítima o matrimonial la que se presenta dentro de una pareja casada.
2. Filiación ilegítima o extramatrimonial es aquella que ocurre entre una pareja que no está casada y se clasifica tradicionalmente en:
 - 2.1. Filiación natural, que es "aquella que deriva de una unión en la que no existía impedimento para que los progenitores pudieran contraer matrimonio".⁵⁴
 - 2.2. Filiación espuria, que es "aquella en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse. A su vez esta filiación se dividía en adulterina, incestuosa o sacrilega, según que alguno de los padres estuviera casado, ambos fueran parientes, o que dentro de los sistemas de reconocimiento del estado eclesiástico se estableciera la incapacidad de contraer matrimonio por celibato forzoso".⁵⁵

Históricamente los efectos de estos tipos de filiaciones han sido diferentes; los hijos nacidos en una u otra filiación no tenían los mismos derechos, correspondiéndole siempre mayores beneficios a los hijos nacidos dentro de matrimonio que a los nacidos fuera de él. En el Derecho Civil Mexicano Vigente no existen diferencias entre los derechos concedidos a los hijos que se encuentran bajo una u otra situación.

Doctrinalmente se establece una distinción entre los hijos habidos dentro de matrimonio y los habidos fuera de matrimonio, de tal suerte se les clasifica en hijos legítimos, legitimados y naturales.

⁵² Ibarrola, Antonio de . "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, México, 1982, p. 300.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Baqueiro, Edgar. Op. Cit., p. 191.

⁵⁵ *Ibid*, p. 193.

Los hijos legítimos son aquellos nacidos dentro del matrimonio y se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los nacidos dentro del matrimonio, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. (artículo 324 del C.C.P.D.F.).

Como excepción a la presunción anterior se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge durante los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer (artículo 325 del C.C.P.D.F.).

Son hijos legitimados los nacidos de personas que no han contraído nupcias, pero que posteriormente las contraen. Podemos decir que la legitimación es el acto por el cual un hijo nacido antes del matrimonio de sus padres adquiere el estado de hijo de matrimonio por haberse estos casado.

Actualmente esta clasificación no tiene ningún efecto práctico ya que el Capítulo III del Título Séptimo, donde se contemplaba la legitimación, fue derogado por la reforma al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000.

Los hijos naturales son aquellos nacidos fuera de matrimonio, es decir los hijos de una unión que no ha sido legitimada ante la ley. Esta clasificación en la actualidad, y en virtud de las reformas antes referidas, carece de efectos prácticos, y solo se contempla cierta aceptación tácita de su existencia en el Código Civil para el Distrito Federal, en la distinción que se establece en la forma de probar la paternidad, según sean hijos de matrimonio o fuera de él.

2.3.3. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS.

El concepto de alimentos lo podemos definir como "la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir de otro lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos".⁵⁶

El propio Código Civil para el Distrito Federal establece el concepto legal de los alimentos, al respecto el artículo 308 dice:

Art.308: "los alimentos comprenden:

⁵⁶ Rojas Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 1991, Pg. 261.

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II. Respetto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se le proporcionen, integrándolos a la familia”.

Al respecto el artículo 311-Bis establece: “Los menores de edad, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos”.

En nuestra opinión, de los preceptos antes señalados se desprende que el legislador no se limita en asegurar para los menores de edad los simples alimentos (entendiendo por estos la satisfacción de las necesidades alimenticias o de comida), sino que va mas allá protegiéndolo y asegurándole un desarrollo normal a través del aseguramiento de otros satisfactores indispensables para su desarrollo físico, emocional e intelectual, hasta la consecución de un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

La obligación de dar alimentos se caracteriza por ser:

1. **Recíproca:** Se refiere simplemente al hecho de que la persona que está obligada a otorgar los alimentos, está en igual manera en actitud de recibirlos, siempre y cuando tenga la necesidad y no cuente con los elementos necesarios para obtenerlos por su cuenta.⁵⁷
2. **Personalísima:** “Quiere esto decir que sólo tiene derecho a exigir su cumplimiento aquella persona que se encuentra en la situación jurídica de pariente dentro del cuarto grado colateral, y de ascendiente o descendiente del deudor alimentista”.⁵⁸
3. **Proporcional:** Se refiere a que el otorgamiento de los alimentos es proporcional a las posibilidades de quien deba otorgarlos y a la necesidad de quien deba recibirlos.⁵⁹

⁵⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., P. 485.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

4. **Irrenunciable:** El propio Código Civil en el artículo 321 establece que "el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción".
5. **Imprescriptible:** Lo que significa que el derecho de pedirlos no se pierde por el simple transcurso del tiempo, por el contrario quien tiene derecho a recibirlos podrá demandarlos en cualquier momento y el que está obligado a proporcionarlos deberá hacerlo.⁶⁰
6. **Divisible:** Pudiera darse el caso de que sean varios los deudores alimentarios y un solo acreedor alimentista, por lo que sus necesidades se repartirán entre quienes deban cubrirlas.⁶¹
7. **Preferente:** Si el deudor tiene varias obligaciones por cumplir, la de dar alimentos es preferente a las demás.⁶²
8. **Periódica:** Lo que significa que debe cumplirse en forma constante hasta el momento en que desaparezca la necesidad de recibir alimentos, o que ya no se esté en la posibilidad de otorgarlos.⁶³
9. **Asegurable:** El deudor debe garantizar el cumplimiento de su obligación para no dejar desprovisto al acreedor de los elementos que le permitan un desenvolvimiento adecuado.⁶⁴ La ley prevé cuatro formas de asegurar los alimentos:

Hipoteca: Se constituirá hipoteca a favor del acreedor alimentario, lo que no significa que éste entrará en posesión de los bienes inmuebles hipotecados, sino que únicamente garantizarán el exacto cumplimiento de la obligación alimentaria.

Prenda: La prenda es una garantía constituida sobre bienes muebles, dentro de los requisitos legales para considerarla válida, es la entrega real o jurídica del bien dado en prenda al acreedor.

Fianza: Es la obligación de un tercero para con el acreedor de cumplirla si el obligado no lo hace. En la práctica judicial es indispensable que ésta sea otorgada por una institución legalmente facultada para ello, y que el deudor garantice ante esta última su cumplimiento, lo que normalmente se realiza a través de un fiador, quien a su vez debe acreditar la propiedad de un bien inmueble.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibid. p. 486.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

Depósito: Debe ser en cantidad suficiente y pueden determinarlo las partes o a juicio del juez. La cantidad a depositar debe ser por el total de la obligación durante el tiempo mínimo que marca la ley, que es por un año.

Los sujetos obligados a otorgar alimentos los encontramos atendiendo a las fuentes de los mismos, si entendemos que tienen su origen únicamente en el matrimonio, el parentesco y la adopción podemos determinar que los sujetos de la relación jurídica serán los:

Cónyuges: Deben darse alimentos y la ley determinará cuándo queda subsistente esta determinación en los casos de divorcio. Desde el momento en que se contrae matrimonio se crean una serie de obligaciones recíprocas para ambos cónyuges, una de esas es la de contribuir equitativamente al sostenimiento del hogar, dentro de la que se encuentra, desde luego, la obligación de brindarse alimentos entre ellos y para con los hijos. Los mismos cónyuges serán quienes determinen en base a sus propios ingresos las contribuciones que cada uno deba hacer para el sostenimiento del hogar. Si sólo uno de los cónyuges es el que provee de los elementos necesarios para la manutención del otro, lo que aun ocurre en nuestra sociedad con frecuencia, donde el hombre es el encargado de proveer los alimentos a la cónyuge, no significa que no exista el principio de reciprocidad, o sea, la mujer está también obligada a proporcionar alimentos a su cónyuge, quedando éstos supeditados solo a la capacidad que tenga para proporcionarlos.⁶⁵

Parientes: La ley establece la obligación de otorgar alimentos a los parientes consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado, pero entre ascendientes y descendientes no existe límite de grado. En la práctica esta situación se presenta básicamente en la obligación de los padres en relación con sus hijos, es una figura que surge de la filiación; no es necesario que un hijo menor de edad compruebe no tener los medios necesarios para su manutención para que pueda requerir la obligación que tiene a su favor. Basta con que el hijo menor de edad demuestre su calidad de hijo y acredite su menor edad para que los padres deban satisfacer inmediatamente su necesidad alimentaria. Aquí se presenta la reciprocidad, es decir, los padres y demás ascendientes tienen derecho a solicitar de sus hijos el otorgamiento de alimentos y los hijos tienen la obligación de proporcionarlos.⁶⁶

Adoptante y adoptado: En este sentido sólo cabe decir que el adoptado tiene para con la persona o personas que la adoptan los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo, al igual que ellos tendrá el derecho de recibir los alimentos de quien o quienes lo adopten, agotándose aquí la obligación y por lo tanto, atendiendo a la reciprocidad de la obligación alimentaria, estará obligado a otorgarlos a los mismos.

⁶⁵ *Ibid.* 482.

⁶⁶ *Ibid.* 483.

CAPÍTULO 3. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE.

3.1. CONCEPTO.

Patria Potestad es el nombre con el que se le sigue llamando a esta institución jurídica a pesar de la evolución histórica habida en el transcurso del tiempo, y siguiendo su etimología tenemos que proviene del latín:

PATRIA que deriva de **PATRIUS: LO RELATIVO AL PADRE.**

POTESTAD que deriva de **POTESTAS: AUTORIDAD, PODER.**

El sentido original de dicha acepción era literalmente el poder del padre, el cual lo ejercía sobre la persona y bienes de su hijo y se llevaba a tal extremo que podía venderlo, exponerlo o matarlo.

Son varias las modificaciones propuestas para nombrar de una manera más acorde a la forma actual como se presenta la patria potestad en el derecho moderno, por ejemplo al prepararse el Código Napoleónico se intentó suprimir dicho nombre para que quedara como "DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES Y LAS MADRES", pero no dejó de ser solo un proyecto. En la Unión Soviética al elaborar el Código de la Familia de 1918 quedo plasmada tal situación, nombrándosele al capítulo correspondiente a la patria potestad "DE LOS DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS HIJOS Y DE LOS PADRES ".⁶⁷

De cualquier forma, y al margen del nombre que se le deba dar a la patria potestad para actualizar su denominación, lo que es un hecho es que ya no pertenece exclusivamente al padre, sino que se ejerce por él y la madre conjuntamente o a falta de éstos por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, dejando de ser un poder constituido en favor del padre para pasar a ser una institución a favor de los hijos, tendiente a proveerles de todos los elementos indispensables para su desarrollo integral.

Para definir el concepto de cualquier figura jurídica es necesario partir del que de ella haga la propia legislación vigente. Al revisar el Libro Primero, Título Octavo del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en el que se contienen las disposiciones referentes a la Patria Potestad, no encontramos ninguna definición de lo que para el legislador significa esta figura. En todo caso se habla de ella sólo en cuanto a sus efectos, es decir, los que se producen sobre la persona y los bienes del hijo, al mismo tiempo establece la condición de que dicho hijo deba ser menor de edad no emancipado.

⁶⁷ Chávez Ascencio, Manuel. "La Familia en el Derecho", Editorial Porrúa, México, 1990, p. 264.

Por lo anterior y para poder formular una definición propia es necesario remitirnos a la doctrina, por lo que a continuación se enumeran las definiciones que de la Patria Potestad hacen algunos autores:

En el capítulo primero se transcribió la opinión de la maestra Sara Montero Duhal, que la define como "la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto de la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".

Planiol y Ripert dicen de ella que es "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".⁶⁸

El Dr. Ignacio Galindo Garfias la define como "la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados".⁶⁹

Chávez Ascencio la define como "una función de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o los abuelos en sustitución de aquellos, para la custodia, educación del menor y administración de sus bienes."⁷⁰

Por último mencionaremos lo que al respecto dice Edgard Baqueiro, quien la define así: "El conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo".⁷¹

Consideramos que del análisis de las definiciones de los autores antes citados, se observan cuatro elementos característicos de la patria potestad:

1. Conjunto de derechos, deberes y obligaciones.
2. Que la ley concede a los ascendientes.
3. Sobre la persona y bienes de los hijos menores no emancipados.
4. Para el ejercicio de las funciones que la propia ley le impone.

Podemos ahora crear nuestra definición de la Patria Potestad diciendo que *es el conjunto de derechos, obligaciones y deberes que la ley otorga de una manera temporal a los padres, o en su caso a los abuelos paternos y maternos sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, para el debido cumplimiento de sus*

⁶⁸ Planiol Marcel y Georges Ripert. Op. Cit., p. 251.

⁶⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., p. 690.

⁷⁰ Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit., p. 273.

⁷¹ Baqueiro, Edgard. Op. Cit., p. 227.

funciones, proveyéndoles del cuidado y todos los demás elementos que necesite mientras su estado de minoridad lo requiera.

La ley contempla un catálogo de derechos y obligaciones que los padres y abuelos podrán ejercer y deberán cumplir para proveer de todo lo necesario para el desarrollo integral del menor, estos derechos y obligaciones se otorgan a los ascendientes sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad. Nuestro Código Civil nunca habla de la patria potestad como un poder, sino que la asume como una función a cargo de los ascendientes y en beneficio de los descendientes, sólo hace mención aislada al termino autoridad en el artículo 168 que dice:

Art. 168: "Los cónyuges tendrán en el hogar **autoridad** y consideraciones iguales, por lo tanto, **resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos, en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo familiar**".

3.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Son varias las características que presenta la patria potestad como institución jurídica, es:

1. **PERSONAL.** Es un conjunto de derechos y obligaciones conferidas por nuestro Código Civil expresamente a los padres conjunta o separadamente, a los abuelos paternos o maternos, lo que no impide que ellos en el ejercicio de sus atribuciones deleguen, por ejemplo, la educación formal de sus hijos a una institución educativa. Es personal porque en caso de que faltaran tanto los padres como los abuelos paternos y maternos, desaparecería la patria potestad y en su lugar estaríamos ante la figura jurídica de la tutela, ya fuera legal o testamentaria.⁷²
2. **CARGO DE INTERÉS PÚBLICO.** La Patria Potestad tiene como finalidad la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, el Estado se interesa en esta institución.

Consideramos que, aunque la actitud de los padres de proteger, educar y velar por los intereses y bienestar de los menores es en gran parte derivada de un acto natural, en el que asumen responsabilidades como tales en forma espontánea, el derecho recoge los valores mínimos de las relaciones humanas y los eleva a conductas de interés público. De tal suerte encontramos en nuestra legislación la

⁷² Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit., p. 273.

participación del Ministerio Público, quien tiene la facultad de intervenir cuando los padres no cumplen con sus deberes y obligaciones.⁷³

3. **OBLIGATORIA.** Será obligatoria y se impone en tal sentido toda vez que los padres no tienen la facultad de desligarse de ella, ya que es irrenunciable y sólo excusable en algunos casos previstos por el propio Código Civil. Si uno de los ascendientes que tiene a su cargo la patria potestad sobre un menor dejara de cumplir con las obligaciones impuestas por esta figura jurídica, incurriría en la comisión de los delitos correspondientes contenidos en la ley penal.⁷⁴
4. **IRRENUNCIABLE.** "La patria potestad no es renunciabile", así lo establece el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, y de conformidad con el artículo 6 del mismo ordenamiento jurídico: "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". Como mencionamos, esta institución jurídica está investida de un significado de interés público, por lo que implícitamente implica la irrenunciabilidad de su cargo.⁷⁵
5. **INTRANSFERIBLE.** La mayoría de las relaciones jurídicas en materia familiar son de carácter personalísimo, por lo tanto son deberes, derechos y obligaciones que están fuera del comercio. No pueden ser materia de transferencia o enajenación, la patria potestad es intransferible y sólo permite excepcionalmente una forma de transmisión a través de la adopción.

Cuando los padres o abuelos consienten en que un menor de edad sujeto a su patria potestad sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad a los padres adoptantes. No basta la sola voluntad de los ascendientes ni del adoptante para perfeccionarla, sino que se requiere que la misma cumpla con todas las formalidades exigidas por la ley.⁷⁶

6. **IMPRESCRIPTIBLE.** La patria potestad no se adquiere ni se pierde por prescripción; los derechos, deberes y obligaciones inherentes a esta figura no se adquieren ni se pierden por el simple transcurso del tiempo.

La persona que está obligada a ejercerla y no lo hace no pierde por este sólo hecho su obligación ni sus derechos respecto de sus menores hijos. Lo mismo pasa en el otro sentido, si una persona que no está obligada a ejercerla, es decir, que no es el padre, la madre ni abuelo o abuela de un menor, lo protege y representa de hecho, no adquiere por esta circunstancia y por el transcurso del tiempo este cargo, ya que sólo corresponde a los sujetos que el propio Código Civil señala.⁷⁷

⁷³ Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, 1990, Pg. 342

⁷⁴ Chavez Asencio, Manuel. "La Familia en el Derecho", Editorial Porrúa, 1990, Pg. 277

⁷⁵ Galindo Garfias Ignacio, "Primer Curso de Derecho Civil" Editorial Porrúa, México Pg. 697.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, 1990, Pg. 343.

7. **TEMPORAL.** La patria potestad es un cargo que se ejerce únicamente sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados; se presenta sólo durante el tiempo en que subsiste tal situación de minoridad o cuando el menor contrae nupcias antes de la mayoría de edad y por este hecho se emancipa. De conformidad con el artículo 646 del Código Civil "La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos", siendo éste el plazo máximo para el ejercicio de la patria potestad.⁷⁸
8. **TRACTO SUCESIVO.** "El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Se trata de una prestación que no se agota al cumplirse. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores."⁷⁹
9. **EXCUSABLE.** Si bien ya se dijo que la patria potestad es irrenunciable, la ley permite que en ciertas circunstancias especiales, los que la ejercen o que tienen la obligación de ejercerla puedan excusarse de la misma.⁸⁰ Estas excepciones son dos según el artículo 448 del Código Civil, que dice:

Art. 448: "La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

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

3.2. SUJETOS EN LA PATRIA POTESTAD.

Los sujetos que intervienen en esta relación jurídica son:

1. **Sujetos Activos** que serán quienes ejerzan la patria potestad, es decir, los padres conjunta o separadamente, o los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar.⁸¹

La patria potestad es una relación paterno filial no exclusiva del matrimonio por lo que se ejercerá también sobre los hijos habidos fuera de él.

En este sentido el artículo 414 del Código Civil establece:

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit., p. 279.

⁸⁰ Montero Duhalit, Sara. Op. Cit., p. 344.

⁸¹ Idem.

Art. 414: "La patria Potestad 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".

En nuestra opinión el orden anterior supone que sólo a falta o impedimento de los mencionados preferentemente entrarán en ejercicio de la patria potestad los que le siguen, pero si faltara únicamente una de las personas a las que le corresponde el ejercicio de la patria potestad, el otro seguirá ejerciéndola solo.

En cuanto a los hijos adoptivos la patria potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten, por lo que también hay que considerar a los adoptantes como sujetos activos de esta relación paterno filial.

2. **Sujetos Pasivos.** Únicamente son los hijos o nietos, dependiendo de quien ejerza la patria potestad, que sean menores de edad no emancipados. Si no se cubren estos requisitos de hijo o nieto, minoridad y no emancipación, no habrá patria potestad, se estará en todo caso ante la tutela, pero nunca será patria potestad.⁸²

3.3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad tiene un doble aspecto, al mismo tiempo impone deberes y otorga derechos a los sujetos a la misma, es por esto que para establecer los efectos que produce debemos hacerlo en base a los derechos o deberes que concede o impone a los ascendientes o al hijo.

En cuanto a los deberes que el Código Civil impone a ambos tenemos lo establecido por el artículo 411:

Art. 411: "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Vale la pena comentar que anteriormente el mismo artículo, establecía el deber de los hijos a honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes encerrando una norma de carácter ético elevándola a norma jurídica. El sentido actual de este numeral es más amplio y establece la obligación de respeto y consideración mutua a hijos y ascendientes, en todo momento.

⁸² Idem.

Como deber impuesto a los menores sujetos a la patria potestad se establece en el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal: "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", pero no son los únicos deberes que tienen, los demás deberes son correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

Los padres y demás ascendientes tendrán como principales deberes los relativos a la guarda y educación del menor, sujeto a su patria potestad y al respecto el artículo 413 del mismo ordenamiento dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos...", de donde se desprende que los efectos producidos por esta figura jurídica serán sobre la persona y bienes del menor.

3.3.1. SOBRE LA PERSONA DEL MENOR.

En este sentido producirá efectos sobre la persona del menor en cuanto a la representación legal, la designación del domicilio del menor, el deber de proporcionar la educación, la obligación de otorgar alimentos y la facultad de corrección.

1. **REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES.** Corresponde a quienes ejercen la patria potestad la representación legal de quienes se encuentran bajo ella, la ley les concede la facultad de celebrar a nombre del hijo todo tipo de actos y contratos que éste, por su minoridad, no pueda realizar. El menor no emancipado no puede comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad, pero se le otorga al juez la facultad de decidir en caso de irracional desacuerdo entre ellos (Arts. 424, 425 y 427 del Código Civil para el Distrito Federal).⁶³

En este sentido y para ejemplificar el alcance de la representación legal que tienen los progenitores sobre los menores que se encuentran bajo su patria potestad, basta citar la siguiente jurisprudencia:

PODER OTORGADO EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE UN MENOR DE EDAD. SU VIGENCIA.

Acorde con lo dispuesto por los artículos 2554 y 2595 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando en un poder general para pleitos y cobranzas no se precisa de manera expresa el lapso de duración, se entiende conferido por tiempo indefinido, **de donde se sigue que si ese poder es otorgado expresamente por quien ejerce la patria potestad de un menor, y al adquirir éste la mayoría de edad no lo revoca, el mandato sigue surtiendo todos sus efectos legales**, pues si ante su nueva situación jurídica está en aptitud legal de revocarlo y no lo hace, es porque acepta seguir siendo representado por el mismo mandatario con todas las facultades legalmente

⁶³ Ibid. P. 347.

concedidas, y al quedar patente su voluntad así manifestada, no puede producir incertidumbre o inseguridad jurídica a terceros.⁸⁴

Amparo en Revisión 1567/97. Sucesión De Carlos Alberto Campillo. 12 De Junio De 1997. Unanimidad De Votos. Ponente: Adolfo Olgún García. Secretaria: Teresa Bonilla Pizano.

Con lo que queda de manifiesto que la representación que corresponde a los progenitores sobre los menores sujetos a patria potestad, al menos en un aspecto muy específico como lo es el otorgamiento de poderes, puede ser convalidado y seguir vigente aun en la mayor edad del representado sujeto a la patria potestad, por el solo hecho de no revocar el poder otorgado por sus progenitores una vez adquirida la mayoría de edad.

2. **DESIGNACIÓN DEL DOMICILIO.** Al menor, sujeto a la patria potestad, se le impone la obligación de no dejar la casa de los que la ejerzan sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente. Consideramos que esta situación resulta lógica, ya que esta institución se funda en los lazos afectivos y biológicos de donde resulta la necesidad de la convivencia diaria entre los padres y los hijos, por lo que es indispensable que ambos habiten bajo el mismo techo. Por lo tanto, el Código Civil establece que el domicilio legal del menor de edad no emancipado, será el de la persona a cuya patria potestad esté sujeto⁸⁵ (Arts 31 Fracción I y 421 del Código Civil para el Distrito Federal).
3. **LA OBLIGACIÓN DE EDUCARLOS.** A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Este aspecto está íntimamente relacionado con la obligación alimentaria; dentro del concepto de los alimentos encontramos que se incluyen, en cuanto a los menores, los gastos necesarios para la educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Zonana dice "El deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida".⁸⁶ De esta forma y debido al carácter ético de la institución, la educación no comprenderá únicamente la formal e intelectual, sino que va mas allá; importa también la educación que tiene que ver con la formación interna de la persona, los valores morales, éticos y religiosos, y es en este sentido que se le impone a los padres el deber de la ejemplaridad, lo que significa que deben guardar una buena

⁸⁴ Novena Época. Séptimo Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Semanario Judicial De La Federación Y Su Gaceta. Tomo VI, Agosto De 1997 Tesis I, 7o. C.11 C. Página 781

⁸⁵ Montero Duhal, Sara. Op. Cit., p. 347.

⁸⁶ Citado por Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit. p. 294.

conducta que sirva de buen ejemplo a los menores (Arts. 308 Fracción II, 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal).

4. **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.** Este deber de los padres no se contiene dentro del Título Octavo del Libro Primero dedicado a la patria potestad en nuestro Código Civil. En el apartado de esta tesis relativo a la obligación alimentaria establecimos que, entre otros, los padres están obligados a otorgar alimentos a sus hijos y, generalmente, el sujeto que ejerce la patria potestad es el mismo que cubre la obligación alimentaria. Pero esta obligación no es exclusiva del que ejerce la patria potestad, por ejemplo en un caso de divorcio necesario en que el cónyuge culpable sea sentenciado a la pérdida de la patria potestad, no por este hecho deja de tener la obligación de proporcionar los alimentos a los hijos menores de edad que tenga con su excónyuge, quien estará ejerciendo la patria potestad sobre ellos⁸⁷ (Arts. 308 Fracciones I y II, 416 y 417 del Código Civil para el Distrito Federal).
5. **FACULTAD DE CORRECCIÓN.** El artículo 423 del Código Civil dice: "Quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos..." y en el segundo párrafo establece "... 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".

Art. 323-Ter: "Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar".

Por su parte el artículo 323-Quáter establece:

"Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia contra otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

"La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada para alguna forma de maltrato".

En nuestra opinión estos preceptos no son claros para determinar los límites y alcances de la facultad de corrección. Por un lado se otorga su uso a quienes ejercen la patria potestad y por otro, al determinar el concepto legal de violencia familiar, se restringe al máximo al contemplar que en "la educación o formación del menor no será en ningún caso considerada para alguna forma de maltrato". La búsqueda de la respuesta a los comentarios anteriores sería materia de otro trabajo de tesis; lo que pretendemos con su mención no es desestimar la facultad de corrección de los que

⁸⁷ *Ibid.* p. 301.

ejercen la patria potestad, sino hacer patente la necesidad de definirla y delimitarla en beneficio de los menores.

3.3.2. SOBRE LOS BIENES DEL MENOR.

Los efectos generados en cuanto a los bienes del menor se manifiestan en dos aspectos básicos, respecto a la administración de los bienes del menor y respecto al usufructo legal a favor de los que la ejercen.

1. **ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MENOR.** Los bienes propiedad del menor pueden ser de dos tipos: los que el menor adquiere por su propio trabajo, mismos que pertenecen en propiedad, administración y usufructo al mismo menor, por lo que los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia sobre ellos, lo que le otorga al menor la facultad de determinar ampliamente sobre ellos. En este sentido Chávez Ascencio comenta: "El hijo menor de edad no solo tiene la propiedad, administración y usufructo de los bienes que adquiere por su trabajo, sino también la propiedad y administración de aquellos que por voluntad del padre o de la ley tenga."⁶⁸

Los otros bienes son los obtenidos por el menor por cualquier otro título y pueden haber sido adquiridos por herencia, por legados, por donación, o por azares de la fortuna (loterías). De estos bienes la propiedad corresponde al menor pero la administración y el cincuenta por ciento del usufructo corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la patria potestad es ejercida conjuntamente por los padres, los abuelos paternos o maternos, entre ambos decidirán cuál de ellos será nombrado administrador, y el que sea designado tendrá la obligación de consultar a su cónyuge en todos los negocios y necesitará su consentimiento expreso para los actos mas importantes de la administración. Coincidiendo con Chávez Ascencio podemos decir que "La facultad de quienes ejercen la patria potestad no se limita sólo a administrar los bienes en los términos del contrato de mandato, por tratarse de una administración legal comprende, adicionalmente, el poder general para pleitos y cobranzas y también para ejercer actos de dominio."⁶⁹

El que ejerza la patria potestad como administrador representará al menor en juicio, pero no podrá convenir sin el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial si así lo requiere la ley (Art. 417 del Código Civil para el Distrito Federal).

El administrador por ningún motivo podrá gravar ni enajenar los bienes inmuebles, ni muebles preciosos propiedad del menor, sólo lo podrá hacer en los casos de absoluta

⁶⁸ *Ibid.* p. 303.

⁶⁹ *Idem.*

necesidad o de evidente beneficio, y para este efecto, requiere de la autorización judicial (Art. 436 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando el juez autorice la venta de un inmueble o mueble precioso, perteneciente al menor, deberá tomar las debidas precauciones para asegurar que el producto de la venta de éste, se dedique al objeto para el cual se destinó y para que el remanente se invierta en la adquisición de otro inmueble o se imponga en segura hipoteca a favor del menor, en este sentido, el importe de la venta se depositará en una institución de crédito y quien administre los bienes del menor no puede disponer de éste, sino mediante autorización judicial (Art. 437 del Código Civil para el Distrito Federal).

Quien ejerce la patria potestad sobre los bienes del menor estará también impedido para realizar los siguientes actos (Art. 436 del Código Civil para el Distrito Federal):

- 1 Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años.
- 2 Recibir la renta anticipada por más de dos años.
- 3 Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de su venta.
- 4 Hacer donación de los bienes del sujeto a su patria potestad o remisión voluntaria de los derechos de éstos.
- 5 Dar fianza en representación de los hijos.

Consideramos que la imposición de esta serie de restricciones al administrador, se entiende como un medio para evitar el despilfarro y dilapidación de los bienes que le corresponden al menor por parte de quien ejerce la patria potestad, en este sentido, los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que esto ocurra, así mismo el menor, si cumplió catorce años, las personas interesadas o el Ministerio Público pueden, en todo caso, solicitarlas al juez (Art. 441 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando los intereses del menor y los de quien ejerce la patria potestad sean opuestos e insalvables, el menor será representado en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez (Art. 440 del Código Civil para el Distrito Federal).

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes de los hijos.

2. **USUFRUCTO LEGAL A FAVOR DE QUIENES LA EJERCEN.** El usufructo legal se constituye como un beneficio concedido a los que ejercen la patria potestad, sobre los bienes propiedad del menor que hayan sido adquiridos por éste por cualquier medio que no sea su trabajo. Y se entiende por como "el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a

ella",⁹⁰ ahora bien, este derecho se le otorga a los ascendientes en virtud de que "los ingresos del menor quedan afectados, ante todo a su alimentación. Los gastos de alimentación deben ser proporcionados a la fortuna del mismo. Por lo tanto, los padres no pueden disfrutar de los productos más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna."⁹¹

Si los bienes obtenidos por el menor son por herencia, legado, donación y el testador o donante dispuso sobre el usufructo, ya sea a favor del menor o con cualquier otro destino, se deberá respetar su voluntad, lo que significa que quien ejerce la patria potestad no gozará de este beneficio. Tampoco podrá reclamar este beneficio en caso de que los bienes que ha de administrar generen réditos o rentas a favor del menor antes de que el ascendiente entre en su administración, los que pertenecerán en su totalidad a éste (Art. 433 del Código Civil para el Distrito Federal).

A los que ejercen la patria potestad corresponden todos los derechos y obligaciones de los usufructuarios por cualquier otro título, exceptuándoles la ley de la obligación de otorgar fianza. Esto se aprecia en virtud de que los que ejercen la patria potestad por la relación filial que los une con los menores, supone una motivación afectiva en su ejercicio antes que económica, lo que se reflejará en un desempeño honesto en beneficio de los intereses del menor. Sólo se exigirá garantía en tres casos (Art. 434 del Código Civil para el Distrito Federal):

1. Cuando los que ejercen la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o concursados.
2. Cuando contraigan nuevas nupcias.
3. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Los ascendientes tienen el derecho de renunciar al usufructo, lo que deberán hacer por escrito o por cualquier otro medio que no deje lugar a dudas; si dicha renuncia se hace en favor del hijo se considera como donación (Art. 434 del Código Civil para el Distrito Federal).

El derecho de usufructo se extingue (Art. 438 del Código Civil para el Distrito Federal):

1. Por emancipación derivada del matrimonio.
2. Por la mayor edad del hijo.
3. Por la pérdida de la patria potestad.
4. Por la renuncia expresa.

⁹⁰ Ibid. p. 306.

⁹¹ Ibarrola, Antonio de.. Op. Cit., p. 371.

3.4. MODOS EN QUE SE PIERDE Y SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal determina en qué casos se pierde la patria potestad y a la letra dice:

Art. 444: "La patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;
- V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos;
- VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses;
- VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cuál haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

Creemos que la de pérdida de la patria potestad implica una sanción para quien la pierda, las causas arriba señaladas son de tal forma graves que conyevan la pérdida definitiva de la patria potestad, por lo que para determinarla es necesario que existan pruebas " plenas e indiscutibles ", como lo establece la siguiente tesis:

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PÉRDIDA DE LA.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias, perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.⁹²

Amparo Directo 4253/69. María De Lourdes Castillo Huerta. 12 De Agosto De 1970. Cinco Votos. Amparo Directo 4362/76. Gabriel López Flores. 13 De Abril De 1977. Cinco Votos. Amparo Directo 3112/79. Bienvenido Moscoso Martínez. 6 De Abril De 1981. Cinco Votos. Amparo Directo 7402/80. Michel Gabayet Martín. 8 De Julio De 1981. Cinco Votos. Amparo Directo 4024/82. Joel Díaz Barriga Murillo. 16 De Febrero De 1983. Cinco Votos.

⁹² Séptima Época. Tercera Sala. Apéndice De 1995. Tomo IV, Parte SCJN.

3.4.1. POR CONDENA.

Esta puede ser en dos sentidos, primero cuando por sentencia expresa se condena a la pérdida de la patria potestad al que la ejercía o por la comisión de un delito doloso cometido en contra de la persona o los bienes del menor, en este sentido hay que apuntar que la causal debe ser particularmente grave para que el juez determine la pérdida, ya que es también por sentencia que se impone la suspensión de la patria potestad.

También se puede perder la patria potestad cuando el que la ejerce es condenado más de dos veces por la comisión de delitos graves, esto no implica que los delitos necesariamente hayan de ser en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida preventiva con la que se busca la protección del menor.

3.4.2. POR DIVORCIO.

Resulta como consecuencia de la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial y se impone como sanción al cónyuge culpable cuando así lo amerite. Es de suponerse que el cónyuge culpable incurrió en una causal de divorcio que afecta a los hijos, por lo que el juez lo sentencia a la pérdida de la patria potestad. Ahora bien, por las causales graves que afectan únicamente al otro consorte, queda al arbitrio del juez si sentencia a la pérdida o a la suspensión de la patria potestad, en este sentido cabe señalar que en el artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal se establece que:

Art. 283: "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos..."

De donde se desprende que corresponderá al juez en todo juicio de divorcio, determinar quién es el sujeto más apto para desempeñar la guardia y custodia y en su caso la patria potestad, lo que no se limita a los padres, ya que en un caso extremo, y si el juzgador no encuentra apta a ninguna de las personas llamadas a ejercer la patria potestad, podrá fijar en su lugar la tutela, lo que se confirma con las siguientes tesis jurisprudenciales:

PATRIA POTESTAD, DECISIÓN SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, vigente noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver

todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes tanto a la patria potestad en general como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decretan el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. **Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los ordenes familiar, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncian, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la administración de los bienes, etcétera, que se pueda decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede así mismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor.** De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento.⁹³

Amparo Directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 De Noviembre De 1988. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 3739/88. María Del Carmen Martínez Ramírez. 8 De Diciembre De 1988. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortíz. 11 De Mayo De 1989. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 De Diciembre De 1989. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 634/90. Bertha Ruiz Alazález., 15 De Marzo De 1990. Unanimidad De Votos.

PATRIA POTESTAD. LOS MOTIVOS PARA LA PÉRDIDA DE ÉSTA EN CASOS DE DIVORCIO, DEBEN SER ANALIZADOS, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE NO SE ENCUENTREN DETERMINADOS ESPECÍFICAMENTE EN LA LEY.

En los artículos 444 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal no se prevén de manera casuística los motivos de pérdida de la patria potestad, pues en la fracción II del primero de ellos se establece en forma general que el derecho de ejercer aquélla se pierde en los casos de divorcio en los cuales se deberá tener en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código citado, conforme al cual el juzgador tiene las más amplias facultades para resolver sobre la procedencia de la supresión de tal derecho, para cuyo efecto deberá obtener los elementos de juicio necesarios. **Por lo que el hecho de que los motivos por los cuales uno de los**

⁹³ Octava Época. Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito Apéndice De 1995. Tomo IV, Parte TCC. Tesis 568. Página 409.

cónyuges solicite que se decrete en contra del otro la pérdida de la patria potestad no se encuentren determinados específicamente en el artículo 444 referido, no es razón suficiente para que el juzgador deje de examinarlos, pues al tratarse de un caso de divorcio los motivos invocados por quien los aduce pueden ser suficientes para tal efecto y por ende deben ser analizados a la luz de lo establecido en el precepto 283, en relación con la fracción II del artículo 444, ambos del Código Civil para el Distrito Federal.⁹⁴

3.4.3. POR VIOLENCIA FAMILIAR EN CONTRA DEL MENOR.

Como apuntábamos al exponer el apartado de La Facultad de Corrección, los artículos 323-Ter y 323-Quáter establecen lo que por violencia familiar en contra del menor determina el Código Civil para el Distrito Federal; por su parte la fracción III del artículo 444 a la letra dice:

Art. 444, Fracc. III: "En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida".

Nos encontramos ante el mismo dilema que comentábamos, ¿cuándo la violencia familiar constituye una causa grave para la pérdida de la patria potestad? En principio, el uso de la fuerza física o moral y la omisión grave contra el menor constituyen violencia familiar en contra del menor, aunado a que en la formación o educación del menor no se permitirá ninguna forma de maltrato.

Pero en ningún momento el Código Civil establece cuándo se constituyen causas graves para la pérdida de la patria potestad.

En todo caso, para intentar delimitar las causas graves podemos citar la siguiente tesis jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD, MALOS TRATAMIENTOS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA. DEBEN SER REITERADOS Y GRAVES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS).

De conformidad con el artículo 536, fracción IV, del Código Civil del estado de Zacatecas, la patria potestad se pierde por los malos tratamientos de los padres que puedan comprometer la salud de los hijos aun cuando no cayeran bajo la sanción de la ley penal. **Ahora bien, si en el juicio de pérdida de patria potestad se invoca como causal de los malos tratamientos de la madre hacia los menores, pero sólo se acredita que en una ocasión golpeó a uno de sus hijos, determinándose con constancia médica que los golpes fueron leves, debe considerarse que no incurre en la causal de pérdida de patria potestad aludida pues, de conformidad con el precepto legal citado, los malos tratamientos deben ser de tal**

⁹⁴ Octavo Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo Directo 526/95. Laura Juliá Díaz Hernández. 14 De Septiembre De 1995. Unanimidad De Votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Néstor Gerardo Aguilar Domínguez.

magnitud que comprometan la salud de los hijos, es decir, que deben ser reiterados y graves.⁹⁵

Amparo Directo 5401/87. Ofelia López Mimbela. 13 de enero de 1988. Cinco Votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Mac Gregor Poisot.

Como se aprecia en la tesis anterior y aunque se refiere a la legislación de Zacatecas, podemos establecer que no cualquier tipo de maltrato es suficientemente grave para la pérdida de la patria potestad, sino que éste debe ser grave y reiterado.

3.4.4. POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

Según la fracción IV, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se pierde por: "El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad".

La patria potestad la perderá el padre o la madre que se niegue reiteradamente a cumplir con su deber de otorgar alimentos, asimismo, si no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, ya que su conducta pone en peligro la salud y seguridad del menor. Cabe señalar que no porque el otro cónyuge provea de los alimentos y cuidados necesarios al menor eximirá de responsabilidad al que incumpla con su obligación de otorgarlos, porque la intención del ordenamiento debe entenderse por la conducta del progenitor que realiza el abandono, sin importar la actitud asumida por el otro cónyuge.

Cabe citar otra tesis para reforzar el concepto de incumplimiento reiterado de obligación alimentaria:

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA MISMA POR ABANDONO DE DEBERES.

Si la actora señaló en su ocurso de demanda que el enjuiciado había desatendido sus deberes de ministración de alimentos para con su menor hija y éste sostuvo por el contrario que mensualmente le otorgaba una suma de dinero, es claro que aquélla no podía probar un hecho negativo, en tanto que el enjuiciado se encontraba obligado a probar sus aseveraciones de conformidad con lo dispuesto por los artículos 281 y 282 del Código Adjetivo Civil, con objeto de que no se tuviera por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil, y si no probó a través del medio de convicción adecuado sus afirmaciones, es concluyente que dicha causal se debe tener por probada, **pues el sólo hecho de no proporcionar al acreedor**

⁹⁵ Octava Época. Tercera Sala. Semanario Judicial De La Federación. Tomo I, Primera Parte -1, Enero A Junio De 1988. Página 331.

alimentista los medios adecuados que permitan el desarrollo de su persona trae, consigo el peligro de que se afecte no sólo su salud o su seguridad, sino también su aspecto moral y, por eso mismo, debe tenerse por acreditada dicha causal y decretar la pérdida de la patria potestad de su menor hija.⁹⁶

Podemos concluir que de la anterior tesis se desprende claramente la facultad del juzgador para decretar como sanción la pérdida de la patria potestad por parte del padre que incumple con la obligación alimentaria. Nuestra opinión coincide con el sentir expresado en esta tesis, en el sentido de que la falta de alimentos "trae consigo el peligro de que se afecte no sólo su salud o seguridad, sino también su aspecto moral", por lo que debe decretarse la pérdida de la misma.

3.4.5. POR EXPOSICIÓN O ABANDONO.

Las fracciones V y VI del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal a la letra dicen:

V. "Por la exposición que el padre o la madre hicieran de sus hijos,

VI. "por el abandono que el padre o la madre hicieran de los hijos por más de seis meses".

Es necesario establecer primero lo que es exposición y lo que es abandono. El abandono es el genero y se constituye cuando se dejan de proveer de los medios necesarios para el desarrollo armónico tanto físico y espiritual del menor. La exposición es la especie, ésta se presenta cuando, por ejemplo se deja a un niño de corta edad a su suerte. Al respecto citamos la siguiente tesis jurisprudencial que nos define estos conceptos:

PATRIA POTESTAD, INCUMPLIMIENTO DE DEBERES ECONÓMICOS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ).

La fracción IV del artículo 404 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, expresa que la patria potestad se pierde "Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses". De ahí que la referida fracción IV del artículo en comento, contiene dos causas; la exposición que el padre o madre hicieren de sus hijos, y el abandono por más de seis meses. Dichas causas conllevan la actitud de los padre en el incumplimiento a su responsabilidad de ejercer la patria potestad. Igualmente, **debe decirse**

⁹⁶ Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Octava Época: Amparo Directo 3158/88. Sara Judith Cárdenas Cardos. 4 De /Noviembre De 1988. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 128/89. Gloria Arcelia López Ruiz. 9 De Febrero De 1989. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 638/89. Ana María Esteso Díaz. 9 De Marzo De 1989. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 508/89. María Luisa Becerra López. 16 De Marzo De 1989. Unanimidad De Votos. Amparo Directo 1033/89. Raúl Fernández Salazar. 6 De Abril De 1989. Unanimidad De Votos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que exposición y abandono no son la misma cosa. El género es el abandono y la exposición significa dejar al niño de corta edad en un lugar que le es totalmente ajeno. El abandono puede configurarse aun cuando no medie exposición, dejando al menor de edad sin posibilidad de subsistencia, privándolo de vivienda y alimentación; implica un desapego o abdicación total de los deberes y obligaciones que impone la patria potestad. El abandono no requiere necesariamente que el menor sufra la falta de vivienda y alimentación por ejemplo, sino que es una causa que se invoca por la actuación del progenitor sin necesidad de que el menor sufra del perjuicio en toda su intensidad; basta la conducta culposa del progenitor que abandona. Por lo tanto, la legislación civil del Estado de San Luis Potosí, si prevé la acción de pérdida de patria potestad cuando alguno de los que la ejerce incumple con sus deberes económicos para con sus menores hijos, comprometiendo con dicha conducta su salud y seguridad, ya que éstos se encuentran imposibilitados de valerse por sí mismos a fin de satisfacer sus necesidades primarias como son la alimentación, vestido, habitación, educación y asistencia médica que, de acuerdo con el artículo 269 del Código Civil, corresponde satisfacer a los padres, sin que sea óbice que uno de ellos, el actor, durante el periodo que señala el artículo 404 del ordenamiento legal antes citado, hubiera subvenido a sus necesidades, dado que la conducta que se prejuzga no es la de él, sino la del que incumple con dicha obligación".⁹⁷

Amparo directo 6460/87, María Guadalupe Chávez Cobo. 11 de enero de 1988. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Alfredo Gómez Molina.

Consideramos que aunque la tesis se refiere a la legislación del Estado de San Luis Potosí, es aplicable a los supuestos previstos en los numerales correlativos del Código Civil para el Distrito Federal.

El abandono puede presentarse por ambos progenitores o por alguno de ellos, en ambos casos el que abandone al menor por seis meses o más, recibirá como sanción la pérdida de la patria potestad; lo anterior sin importar que el otro no lo haya abandonado, o que incluso, durante los seis meses referidos en el Código Civil haya ministrado los alimentos y cuidados que el menor necesitara.

3.4.6. CASOS EN QUE SE SUSPENDE.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que implica una sanción al padre o la madre que se le suspende en el ejercicio de la misma. Y el artículo 447 dice:

Art. 447: "La patria potestad se suspende:

⁹⁷ Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial De La Federación. Tomo: I, Primera Parte-1, Enero A Junio 1988. Página: 330.

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo de alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio que éste sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

Por lo que se refiere al inciso I. anterior el Código Civil establece la suspensión en el ejercicio de la patria potestad a los incapaces declarados judicialmente. Se refiere a la interdicción declarada por medio de sentencia dictada por el juez de lo familiar, se trata por lo tanto, de la suspensión no de la patria potestad, sino del ejercicio de la misma a cargo del cónyuge declarado incapaz, pero en todo caso, quedan a salvo los derechos para ejercerla del cónyuge sano o en el momento de que el incapaz adquiera de nueva cuenta sus derechos plenamente.

También se establece como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma. El ausente está imposibilitado de hecho para ejercer la patria potestad y se le suspende de la misma, lo que implica que en caso de que volviera el ausente se le reinstalará en el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la fracción III del artículo en comento, es obvio que si alguno de los llamados a ejercer la patria potestad tuviera como hábito alguno de los enumerados en dicho numeral se le suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, pudiendo reinstalarse una vez que haya sido rehabilitado o pruebe haber dejado dichos hábitos.

En los casos en que se imponga como pena esta suspensión, al igual que en el relativo a la pérdida de la patria potestad, se establece como una sanción para quien ejerce la patria potestad. Supone que son conductas no tan graves como las que dan origen a la pérdida, y a diferencia de ésta, se puede llegar a recuperar el ejercicio de la patria potestad. Por ejemplo, si se condena en una sentencia de divorcio al cónyuge culpable a la suspensión de la patria potestad, éste la recuperará en caso de fallecimiento del cónyuge inocente.

3.5. MODOS DE EXTINGUIRSE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

Art. 443: "La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en la que recaiga;
- II. Con la emancipación del menor derivada del matrimonio;

- III. Por la mayoría de edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes".

3.5.1. POR MUERTE DE QUIEN DEBA EJERCERLA.

Cuando el que se encuentra en el ejercicio de la patria potestad es el último ascendiente vivo de los que deben ejercerla y muere, es lógico que no habrá quien lo suceda en el ejercicio de la institución. La muerte del último de los ascendientes a quienes corresponde ejercer la patria potestad, dará como resultado que se establezca en su lugar la figura de la tutela.

En nuestra opinión y coincidiendo con la del maestro Chávez Ascencio, en este apartado debemos incluir la muerte del menor sobre el que se ejerce la patria potestad.⁹⁸ Si muere el menor no emancipado desaparece la posibilidad jurídica y material de ejercer la patria potestad.

3.5.2. POR EMANCIPACIÓN.

Antes de entrar al estudio de la emancipación, es conveniente aclarar que la ley concede a los mayores de dieciséis años una capacidad limitada para realizar algunos actos, mismos que están explícitamente definidos en la ley y a los que Chávez Ascencio hace referencia:

1. Tiene la facultad de contraer matrimonio a los dieciséis años; no obstante necesita del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, a falta de éstos el del tutor o del juez de lo familiar que corresponda.
2. El menor de edad que tiene dieciséis años tiene capacidad para testar, aun no estando emancipado, pudiendo designar incluso un tutor para sus herederos, si éstos son menores de edad o incapacitados.
3. Puede administrar por sí mismo los bienes que adquiera por su trabajo.
4. Puede designar a su propio tutor dativo y al curador, debiendo ser confirmada esta designación por el juez de lo familiar.
5. Puede validamente reconocer a sus hijos, asistido de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor.
6. Pueden ser sujetos de la relación de trabajo los mayores de dieciséis años, los de catorce necesitan del consentimiento de su padre o tutor, del sindicato al que pertenecen, del inspector del trabajo o de la autoridad política.⁹⁹

⁹⁸ Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit., p. 312.

⁹⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., pp. 415-416.

De lo anterior podemos concluir que el menor, después de los dieciséis años, puede celebrar algunos actos jurídicos mediando el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o del tutor, limitándose sólo a los que la ley expresamente le concede.

La emancipación es una institución que le permite al menor de edad substraerse de la patria potestad y de la tutela sin haber llegado a la mayor edad, otorgándole capacidad para realizar por sí mismo los actos jurídicos respecto a su persona y sus bienes, con las limitantes que la misma ley le impone. Dichas limitantes se refieren a los actos relativos a la disposición y gravamen de los bienes inmuebles y a la capacidad procesal, para la enajenación y gravamen de los bienes raíces el menor requiere de la autorización judicial y para ocurrir a juicio necesita la representación de un tutor especial.

En el Derecho Civil Mexicano la emancipación constituye una de las formas a través de las que se extingue la patria potestad, habilitando al menor para realizar ciertos actos de administración respecto de sus bienes; su principal utilidad consiste en que lo inicia en el ejercicio de una capacidad limitada, que le proporcionará experiencia para cuando obtenga la capacidad plena correspondiente a la mayoría de edad.

Históricamente podemos decir que existen dos especies de emancipación, la producida por el matrimonio del menor y la derivada del consentimiento de los padres o tutores. En el Derecho Mexicano solamente se reconoce a la primera de éstas, estableciéndose en el Código Civil para el Distrito Federal que el matrimonio de los menores de dieciocho años produce la emancipación, la cual subsiste aun produciéndose el divorcio del menor.

Este tipo de emancipación se justifica principalmente por el hecho de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sujeto a patria potestad. La emancipación es una consecuencia necesaria del matrimonio.

Por lo que se refiere a la emancipación derivada de la voluntad de los padres sólo diremos que se basa en el reconocimiento que ellos hacen, en casos específicos, del estado de madurez que les permite a los menores el ejercicio de los derechos concedidos por la ley específicamente.

La emancipación produce los siguientes efectos:

1. "Hace cesar la patria potestad o la tutela;
2. Confiere capacidad restringida al menor emancipado;
3. Otorga al menor emancipado la capacidad para administrar sus bienes. No atribuye al menor la capacidad procesal.

Agregaré a los efectos señalados la importante consecuencia de la emancipación, tal como está organizada en nuestro derecho vigente, a saber: Que el menor de edad emancipado dispone libremente de su persona".¹⁰⁰

3.5.3. POR MAYORÍA DE EDAD.

En términos generales, podemos decir que la mayoría de edad se alcanza en el momento en que la persona física cumple la edad o número de años que para adquirirla señala la ley. Por mayores de edad entendemos a las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad para obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio.

Tradicionalmente los diferentes sistemas jurídicos han adoptado dos mecanismos para determinar la mayoría de edad, el primero se refiere a la aptitud intelectual de la persona y el segundo se funda en el desarrollo físico del individuo.

En nuestro Código Civil se establece que la mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho años y con ella el mayor de edad puede disponer libremente de sus bienes y de su persona.

3.5.4. POR ADOPCIÓN.

Se establece como forma de pérdida de la patria potestad la adopción, situación que resulta lógica si atendemos a que la patria potestad es una figura jurídica personalísima y, en principio, es intransferible. Sólo admite como modo de transmisión la adopción, de lo que resulta que los padres naturales no ejercerán la patria potestad sobre sus hijos, sino que transmiten su ejercicio a las personas o persona que lo adopten. El artículo 410-A. del Código Civil dice:

Art. 410-A: "El adoptado se equiparará al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del 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 para el matrimonio...."

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 420.

Consideramos que resulta lógico que si no hay ya filiación entre el hijo dado en adopción y sus progenitores, menos existirá la patria potestad a cargo de éstos, ya que la misma es una relación jurídica derivada de la filiación.

3.6. MODOS EN LOS QUE SE EXCUSA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Al establecer la irrenunciabilidad de la patria potestad se mencionaron los casos en los que se permite la excusa para su ejercicio, y son: por tener sesenta años cumplidos y por mala salud.

Cabe señalar que como el apartado dice es excusa y procede a petición de parte, por lo que para que opere no sólo es necesario el estar dentro de los supuestos arriba señalados, sino el solicitarlo formalmente ante la autoridad judicial correspondiente.

Esta excusa constituye una facultad para quienes deben ejercer la patria potestad y se encuentran en las circunstancias mencionadas por la ley, pero no es un deber, o sea, los ascendientes mayores de sesenta años o que tengan un mal estado habitual de salud pueden seguir ejerciéndola si su desempeño es benéfico para el desarrollo del menor, pero tienen la facultad de excusarse de tal desempeño si así lo desean.

**CAPÍTULO 4. LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS
Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS.
PROPUESTA PARA SU REGULACIÓN.**

4.1. CONDICIONES BIOLÓGICAS PARA LA CONCEPCIÓN.

En este apartado lo que pretendemos establecer es la capacidad biológica de los menores para la procreación, es decir, la posibilidad natural de ser padres, sin importar que se les reconozca jurídicamente la capacidad de reconocer a sus hijos y, eventualmente, la capacidad para ejercer la patria potestad.

No intentamos hacer un análisis exhaustivo de la biología humana, ni mucho menos de sexualidad, por el contrario, haremos una simple exposición de las condiciones que requiere el ser humano para concebir y dar origen a una nueva vida.

Debemos establecer primero que la adolescencia se sitúa entre la infancia y la edad adulta, en el curso de la cual, las modificaciones de la pubertad transforman al niño y a la niña en un ser consumado, con todas sus funciones reproductivas. Los adultos de ambos sexos se diferencian por sus órganos sexuales, que son sus caracteres sexuales primarios, pero también por caracteres sexuales a los que se califica de secundarios.

Establecido en que periodo se presenta la adolescencia y cuáles son los caracteres sexuales primarios, podemos decir que en el varón los caracteres sexuales secundarios se resumen en que será más alto y corpulento, sus huesos más gruesos y largos; su pelvis más estrecha; sus hombros más anchos; posee pezones que carecen de glándulas mamarias desarrolladas; el tronco está cubierto, a veces, de vello. La voz del hombre es más grave; sus mejillas, el labio superior y el mentón están cubiertos de barba. Por último, el pelo que en la parte inferior del abdomen rodea los órganos genitales externos se remonta hacia el vientre y ocupa una zona de punta alargada.

Por su parte, los caracteres secundarios en la mujer se manifiestan en que es más baja; sus miembros son más esbeltos; sus caderas, ensanchadas por la concentración de tejido graso; la cintura está muy remarcada; los senos más o menos desarrollados, redondeados con el pezón al centro; el vello pubiano forma un triángulo de borde superior horizontal. La voz más aguda y el rostro es terso y sin vellos.

Establecidas las diferencias físicas y de caracteres sexuales entre el varón y la mujer, pasamos a establecer las características fisiológicas necesarias para que el hombre y la mujer puedan ser padres:

1. **FISIOLOGÍA FEMENINA:** La pubertad es un periodo de transición durante el cual el cuerpo experimenta múltiples y profundas transformaciones. Los fenómenos fisiológicos que a partir de este momento van a reproducirse regularmente todos los

meses, representan para la joven la posibilidad de tener hijos, es decir, la certeza de haber llegado a la madurez fisiológica.

Se da el nombre de prepubertad al período que precede a la aparición de la primera regla y comprende desde el inicio del desarrollo de los caracteres sexuales secundarios hasta la aparición de la primera regla, que señala la época de la pubertad.

La primera regla atestigua la madurez del ovario que ya es capaz de crear óvulos y de preparar al útero para una eventual maternidad; la edad de la pubertad es muy variable: "por término medio se considera que aparece en los once y catorce años, pero en ciertas muchachas, se presenta más precoz o más tardíamente".¹⁰¹

Más que su abundancia o su duración, la periodicidad de las reglas es lo que señala el funcionamiento satisfactorio del ovario. Desde la pubertad hasta la menopausia una mujer normalmente constituida y cuyo aparato genital funcione de manera satisfactoria tendrá sus reglas cada cuatro semanas, días más días menos. Todos los meses el aparato reproductor de la mujer se prepara con vistas a una posible fecundación; el ovario libera el óvulo cuando éste se haya suficientemente maduro descendiendo por la trompa al encuentro de un espermatozoide, que habrá hallado en el cuello uterino un medio favorable a su progresión.

2. **FISIOLOGÍA MASCULINA:** A partir del momento en que un muchacho se convierte en adulto, es decir, desde su pubertad que se caracteriza por la maduración de las glándulas sexuales, los testículos, bajo la influencia de la glándula hipófisis, constituyen la sede de una intensa y permanente fabricación de espermatozoides.

"La aparición de los caracteres sexuales secundarios se produce más o menos rápidamente, durante el curso de unos años: llamándose a esta etapa pubertad: La pubertad en el varón se produce entre los trece y los quince años, siendo más raro que surja a los doce o cumplidos los dieciséis".¹⁰²

"Todas estas manifestaciones se deben a la secreción hormonal interna de la testosterona y paralelamente se efectúa la secreción externa de los espermatozoides, se producen erecciones espontáneas, involuntarias, las cuales, a veces, van seguidas de eyaculación de esperma que contiene ya espermatozoides. Es un fenómeno normal que puede no manifestarse, pero que también puede repetirse con mayor o menor frecuencia durante la noche; se trata de las poluciones nocturnas que los ingleses llaman sueños húmedos, y sorprenden al adolescente tanto por la novedad como por la sensación que proporcionan".¹⁰³

¹⁰¹ Cohen, Jean y Otros, "Enciclopedia de la Vida Sexual, de la Fisiología a la Psicología", Tomo para Jóvenes de Dieciocho Años, Editorial Argos Vergara, Barcelona, España, 1980, p. 37.

¹⁰² *Ibid.* p. 57.

¹⁰³ *Ibid.* p. 58.

Como vemos, al transformarse el cuerpo humano, cambiando de niño o niña a hombre o mujer, se producen en el adolescente una serie de cambios hormonales, fisiológicos e intelectuales, que producirán en él una gran desazón, así como una serie de cambios emocionales que se manifiestan en un carácter voluble e inestable.

Ha quedado claro que biológicamente los menores de edad son aptos para procrear y ser padres en forma general, las mujeres desde los once años y los hombres desde los doce; el requisito para que esto suceda es que haya fecundación: "La fecundación es el encuentro de un óvulo y un espermatozoide, seguida de la penetración de éste en el óvulo y, luego, de la fusión de ambos".¹⁰⁴ Abundando, cabe citar que "en todas las especies animales, la vida autónoma de un individuo va precedida por un período de formación y maduración del huevo resultante de la fecundación...En la especie humana, esa maduración se produce en el interior del útero de la madre y dura alrededor de doscientos sesenta y nueve días, es decir, nueve meses. El embarazo se extiende desde el encuentro de una célula masculina y una célula femenina hasta el nacimiento de un niño capaz de vivir de manera autónoma".¹⁰⁵

4.2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MENORES NO EMANCIPADOS.

Como ha quedado establecido en el apartado anterior, es una realidad biológica la capacidad del menor de edad para procrear y, por lo tanto, traducir un acto biológico en un hecho jurídico; asimismo, es una realidad social que cada vez con mayor frecuencia los menores tengan relaciones sexuales fuera del matrimonio y que, como consecuencia, por las circunstancias que sean conciban y den a luz una nueva vida.

En este sentido, el Código Civil para el Distrito Federal otorga derechos al recién nacido en el artículo 22 que establece la capacidad de goce inherente a todo individuo desde su concepción, independientemente del origen de su paternidad, así al recién nacido le corresponden todos los derechos y beneficios que la legislación le confiere y que en ninguna figura jurídica quedan más evidenciados como en la Patria Potestad, por el interés público de esta institución jurídica y porque a ella le corresponde regular la situación jurídica de las relaciones entre padres e hijos hasta la mayoría de edad.

El menor de edad, por el hecho de ser padre, generará una relación jurídica paterno-filial entre él y su hijo, lo que no establece el Código Civil para el Distrito Federal es qué ocurre cuando un menor de edad que está sujeto a la patria potestad de sus padres tiene un hijo.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 75.

¹⁰⁵ *Idem.*

Cabe señalar que por metodología, el presente trabajo se refiere al estudio de los menores de edad que son padres y cuentan con dieciséis años cumplidos, es decir, la edad requerida para emanciparse a través del matrimonio.

4.2.1. EL DOBLE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Tenemos una situación de hecho: la que se presenta cuando un menor de edad no emancipado y que reúne las condiciones biológicas para la concepción es padre.

¿Qué ocurre ante tal circunstancia? Un menor de edad que es padre, por su estado de minoría está sujeto a la patria potestad de sus ascendientes sean los padres o los abuelos. Ante este hecho es necesario determinar a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad del recién nacido, al padre menor de edad o a los ascendientes que ejercen sobre él la patria potestad.

Es precisamente en base a la dificultad para determinar dónde termina la patria potestad de los ascendientes sobre su nieto, hijo de un menor de edad y dónde empieza el ejercicio de la patria potestad del menor de edad no emancipado que es padre, si es que éste tiene derecho a ejercer la patria potestad, por lo que se presenta un doble ejercicio de la patria potestad sobre el recién nacido:

1. El ejercido por los abuelos sobre el menor de edad no emancipado y a la vez sobre el hijo de éste.
2. El ejercido por el menor de edad no emancipado sobre su hijo recién nacido.

Entonces por doble ejercicio de la patria potestad se debe entender la condición especial en que se encuentra el recién nacido que es hijo de un menor de edad y que se encuentra bajo su patria potestad; ahora bien, dicho padre menor de edad está sujeto a la patria potestad de sus padres, que son los abuelos del recién nacido.

4.2.2. LA FACULTAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA EL RECONOCIMIENTO DE SUS HIJOS.

El Código Civil para el Distrito Federal no tiene disposición expresa en un supuesto como el planteado. Es difícil delimitar a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad: al padre del recién nacido o a sus ascendientes que son responsables de los actos de los hijos que se encuentran bajo su patria potestad.

Es el propio Código Civil quien nos resuelve parcialmente el conflicto, ya que concede al menor de edad la capacidad para reconocer a sus hijos, así lo establecen los artículos 361 y 362 que a la letra dicen:

Art. 361: "Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

Art. 362: "El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial".

Es pues voluntad del legislador el conceder expresamente una capacidad relativa al menor de edad no emancipado para reconocer a sus hijos, pero el Código Civil establece ciertas condicionantes para que sea válido dicho reconocimiento:

1. El menor que vaya a reconocer a su hijo debe tener la edad requerida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a reconocer.
2. Debe contar con la autorización del que ejerce o de los que ejercen sobre él la patria potestad para reconocerlo.

En este sentido cabe transcribir el artículo 148 del Código Civil:

Art. 148: "Para contraer matrimonio es necesario que ambos cónyuges sean mayores de edad.

"Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o por imposibilidad de éstos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cuál deberá ser otorgado a las circunstancias especiales del caso".

De tal suerte para que el hombre y la mujer menores de edad puedan reconocer a sus hijos, siendo menores de edad deben tener dieciséis años cumplidos más la edad del hijo que van a reconocer.

Otra condición para que los menores puedan reconocer a sus hijos válidamente la constituye el consentimiento de quien ejerza la patria potestad sobre el menor o de la persona bajo cuya tutela se encuentra o a falta de ésta, la autorización judicial.

En este sentido no existe controversia para que los menores de edad puedan reconocer válidamente a sus hijos. El menor de edad puede hacerlo siempre que cumpla con las condiciones citadas.

Surge aquí un primer problema, el Código Civil en dichas disposiciones es genérico. No determina si dichos requisitos son para menores de edad emancipados por matrimonio o no emancipados, interpretando la ley y atendiendo a que existe regulación expresa en cuanto a la emancipación se entiende que los requerimientos antes señalados son los que deben cumplir los menores de edad no emancipados. Por lo que respecta a

las circunstancias que requiere el menor de edad emancipado para el reconocimiento de sus hijos, se analizarán en el apartado siguiente.

Queda pendiente de esclarecer el punto fundamental, ¿a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, al padre menor de edad o al abuelo, que ejerce sobre el menor la patria potestad?

El Código Civil al otorgar capacidad a los menores para que reconozcan a sus hijos sienta las bases para permitimos delimitar a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad en el supuesto planteado, y se ve complementado por lo dispuesto en los artículos 380, 381 y 414:

Art. 380: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, a la madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor".

Art. 381: "Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieren otra cosa entre ellos, y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público".

Art. 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 lo determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Partiendo de la facultad que tienen los menores de edad para reconocer a sus hijos y considerando que la intención del legislador es clara en el sentido de que siempre debe ejercer la patria potestad en primer lugar los padres, ya sea conjunta o separadamente, podemos establecer que aún tratándose de hijos de padres menores de edad, es a ellos, a sus padres, a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos recién nacidos.

Es cierto que no está establecida expresamente en el Código Civil para el Distrito Federal la facultad de los menores de edad para ejercer la patria potestad sobre sus hijos habidos fuera de matrimonio, pero no menos cierto es que atendiendo a un principio natural y a la necesidad que retoma el legislador, los hijos deben estar, en principio, siempre bajo el cuidado de sus padres, lo que se aprecia del análisis de los artículos

antes citados. Es precisamente esta ausencia de regulación específica de un hecho cierto y concreto lo que origina este trabajo recepcional.

4.3. CONFLICTOS QUE PUEDEN PRESENTARSE CUANDO LOS MENORES DE EDAD SON PADRES. PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.

La paternidad entre los menores de edad no es la generalidad, pero es un hecho social que se ha incrementado; esta circunstancia se ve rodeada de una serie de consecuencias no previstas en el Código Civil para el Distrito Federal, éstas van desde situaciones de hecho como las características en que se presenta la paternidad, hasta situaciones de derecho, como los derechos y facultades que le corresponden al menor de edad padre de familia y que está sujeto a la patria potestad de sus ascendientes.

Aunque pueden ser diversos los casos en que los menores de edad sean padres de familia, analizaremos únicamente cinco conflictos que pueden presentarse ante tal eventualidad:

4.3.1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MENORES DE EDAD EMANCIPADOS POR MATRIMONIO. PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.

Si bien el Código Civil para el Distrito Federal establece las bases y los requisitos para la emancipación, no se pronuncia expresamente sobre el ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos de padres menores de edad emancipados, a este respecto se hace necesario interpretar la Ley Civil. Primeramente hay que determinar las bases establecidas para la emancipación:

Art. 641: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor de edad, no recaerá en la patria potestad".

Art. 643: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II. De un tutor para los negocios judiciales".

En primer término tenemos que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación, en nuestro Derecho Civil Vigente el único modo de

acceder a ella es a través del matrimonio. El emancipado adquiere por este hecho la libre administración de sus bienes pero se le imponen dos limitaciones legales a este derecho: para enajenar o gravar bienes raíces y en los negocios judiciales, en los que necesitará de la autorización judicial y de un tutor, respectivamente.

El artículo 643 es claro y se refiere únicamente a la administración de los bienes del emancipado, no se hace ninguna referencia en cuanto a su persona y a su paternidad, por lo que tenemos que remitirnos al artículo 414 que establece que "la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres..."

Se establece la voluntad del legislador para que la patria potestad recaiga siempre, en primer lugar, en los padres y en caso de que alguno de ellos deje de ejercerla corresponderá su ejercicio al otro. Por esta razón, cuando los menores de edad emancipados son padres no es cuestionable la facultad que tienen para ejercitar la patria potestad sobre los hijos que tengan mientras prevalezca su minoría de edad.

En relación a lo anterior, la fracción II del artículo 443 establece que la patria potestad se acaba por la emancipación derivada del matrimonio, lo que implica que el menor de edad emancipado ya no se sujeta a la patria potestad de sus ascendientes al momento de dar vida a un nuevo ser.

Retomando lo dispuesto por el artículo 643, las limitaciones a la capacidad plena de ejercicio del menor se refieren a aspectos específicos patrimoniales, de administración de sus bienes y no sobre la persona o derechos personales del menor, por lo que no existe impedimento expreso alguno para que el menor de edad emancipado por matrimonio ejerza la patria potestad sobre sus hijos.

Es necesario recordar que los menores, para contraer matrimonio, deben obtener la autorización de sus padres y a falta de ella la autorización judicial; resulta obvio que si los menores obtuvieron el consentimiento de sus padres, o en su caso, del Juez de lo Familiar para contraer nupcias y el Código Civil del Distrito Federal no limita expresamente la facultad del emancipado para ejercer la patria potestad ni para el reconocimiento de sus hijos, no requerirá de un nuevo permiso de sus padres para reconocer, además de que por el sólo hecho de haber contraído nupcias cesa el ejercicio de la patria potestad que sobre él tenían sus ascendientes. Los alcances de la emancipación son tan plenos que, como lo señala el artículo 641 transcrito párrafos anteriores, aunque sea disuelto el vínculo matrimonial del menor emancipado, éste no recaerá nuevamente bajo la patria potestad de sus progenitores. En caso de que durante el tiempo que duró el matrimonio de los menores hayan procreado un hijo, ellos y nadie más deberá ejercer la patria potestad.

PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA. Si bien en principio no existe vacío legal en cuanto a quién corresponderá el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los menores de edad emancipados, en nuestra opinión, se debe establecer sin controversia y sin que exista necesidad de interpretar la ley, que dicha facultad

corresponde a los propios padres, es decir, a los menores de edad emancipados y que no la perderán salvo las causales establecidas en el propio Código Civil para el Distrito Federal.

En este sentido, proponemos que se adicione en el texto del capítulo primero del título octavo del Código Civil para el Distrito Federal un tercer párrafo en el artículo 414 que especifique:

Los hijos nacidos de menores de edad emancipados estarán sujetos en todo momento a su patria potestad, y sólo a falta de ambos padres entrarán en su ejercicio los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso.

4.3.2. CUANDO LOS PADRES DEL MENOR DE EDAD LE NIEGAN SU
CONSENTIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE SUS HIJOS,
PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.

Puede presentarse el caso en que un menor no emancipado quiera reconocer a su hijo, en este sentido el Código Civil para el Distrito Federal no le reconoce capacidad plena para hacerlo; si pretende reconocer como suyo a un hijo deben darse las condiciones requeridas por los artículos 361 y 362 de dicho ordenamiento jurídico, es decir, debe tener dieciséis años cumplidos más la edad del hijo que va a reconocer y tener la autorización del que sobre él ejerza la patria potestad, la tutela o la autorización judicial.

Esto es, el menor puede reconocer a sus hijos a los dieciséis años cumplidos más la edad del hijo que va a ser reconocido, pero es indispensable que obtenga la autorización expresa del que sobre él ejerza la patria potestad, o a falta de ésta, la autorización judicial.

El problema planteado se presenta cuando el que ejerce la patria potestad se niega a dar su consentimiento para que su hijo menor de edad reconozca a su hijo recién nacido. Hay que partir de la premisa de que el padre tiene la facultad, mas no la obligación de otorgar su consentimiento para que sus hijos menores de edad reconozcan a sus hijos; así, quien ejerce la patria potestad atendiendo a su buena fe, a las circunstancias en que se presente el nacimiento de su nieto recién nacido, a sus valores morales o incluso, a su voluntad lisa y llana, determinará si concede dicho consentimiento o lo niega.

La Legislación Civil para el Distrito Federal no contempla una formalidad especial para que el menor reconozca a sus hijos a falta del consentimiento de sus padres, en todo caso el artículo 362 resuelve parcialmente el problema al establecer que el menor

podrá reconocer a sus hijos a falta del consentimiento del que ejerce sobre él la patria potestad, con la autorización judicial.

Pero no establece una forma específica para que el menor obtenga la autorización judicial para el reconocimiento de sus hijos, debemos partir de que el menor sujeto a la patria potestad nunca tiene capacidad para comparecer a juicio, la representación del menor sujeto a patria potestad corresponde a los padres y sólo en caso de irracional disenso resolverá el juez de lo familiar.

Es obvio que existe irracional disenso entre los intereses de los padres del menor que se oponen a que reconozca a sus hijos y la voluntad de éste para reconocerlos; así pues, si existe la negativa de quién ejerce la patria potestad para otorgar su consentimiento al menor para que reconozca a su hijo, el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal establece que en los casos en que haya un interés opuesto entre padres e hijos, éstos últimos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso; por otro lado, el artículo 496 del mismo ordenamiento jurídico contempla que para los casos en que el menor sea mayor de dieciséis años corresponderá a él nombrar su tutor dativo, mediando únicamente la confirmación del juez si no existe causa justa para reprobalo.

En el caso planteado, el menor actuará representado por su tutor dativo debidamente aprobado por el juez. Ahora bien, ni en la legislación Civil ni en la procesal Civil se establece un procedimiento especial a través del cual deban comparecer a juicio los menores en caso de irracional disenso con quienes sobre ellos ejercen la patria potestad.

Debemos mencionar que la patria potestad reviste un interés público e implica la realización de actos continuos y permanentes de parte de quien la ejerce, por lo que no debe mediar mucho tiempo entre el momento de la negativa de los padres a otorgar su consentimiento para el reconocimiento de los hijos del menor bajo su patria potestad, y la obtención por parte de éste de la autorización judicial para efectuar dicho reconocimiento.

En este orden de ideas podemos distinguir que transcurren siete etapas:

1. Nacimiento del hijo del menor de edad.
2. Negativa del que ejerce la patria potestad para que el menor reconozca a sus hijos.
3. Nombramiento por parte del menor de edad, mayor de dieciséis años, de un tutor dativo.
4. Confirmación por parte del juez del tutor dativo nombrado por el menor de edad.
5. Solicitud del menor de edad a través de su tutor dativo ante el juez, para que supla la negativa de quien sobre él ejerce la patria potestad para el reconocimiento de su hijo.
6. Autorización judicial al menor para que reconozca a su hijo.
7. Reconocimiento por parte del menor de edad de su hijo.

Es lógico pensar que para cuando el menor de edad que desea reconocer a su hijo agote todas las etapas antes descritas ha transcurrido el tiempo en gran medida, lo que generará incertidumbre jurídica al recién nacido, ya que no puede ser reconocido por sus padres, por lo que no pueden ejercer la patria potestad plenamente sobre él y tampoco pueden ejercerla los abuelos, ya que los padres son los llamados preferentemente a ejercerla y éstos entrarían en su ejercicio sólo a falta de los primeros.

PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA. Es necesario regular jurídicamente los razonamientos arriba señalados, en este sentido, proponemos que la reforma planteada se realice en dos vertientes:

1. Por un lado se le debe otorgar al menor de edad mayor de dieciséis años y que es padre de familia, por ese solo hecho, una **emancipación equiparada** para que pueda ejercer sobre su hijo la patria potestad desde el momento de su nacimiento. Entendiéndose por emancipación equiparada el concederle al menor todos los derechos que adquiere el emancipado al casarse y particularmente los inherentes al ejercicio de la patria potestad, y al mismo tiempo, imponerle la carga de las obligaciones que ésta conlleva.

Es prudente aclarar, que cuando hablamos de emancipación establecimos la incompatibilidad entre la función y obligaciones del matrimonio con el hecho de que el menor de edad emancipado permaneciera sujeto a la patria potestad de sus ascendientes. En este sentido, si un menor de edad que se opone a la voluntad de quienes ejercen sobre él la patria potestad para reconocer a su hijo y así lograr la autorización judicial para reconocerlos, resulta lógico pensar que esta situación generará un distanciamiento entre los padres y el menor de edad, propiciando la misma incompatibilidad apuntada. Desde nuestro punto de vista se hace necesario equiparar el caso concreto de que un menor de edad no emancipado, y que cuenta con la edad establecida en el Código Civil para el Distrito Federal para reconocer a sus hijos, por este solo hecho deberá considerársele como emancipado con todo su alcance jurídico, y particularmente en los derechos y obligaciones que impliquen el ejercicio de la patria potestad.

Nuestra propuesta en este sentido es la de reformar el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal adicionando una fracción más:

La patria potestad se acaba:

....Con la emancipación derivada del reconocimiento de los hijos del menor de edad. Siempre y cuando dicho reconocimiento haya sido efectuado sin el consentimiento expreso de los que sobre el menor ejercen la patria potestad, sino a través de autorización judicial.

2. El otro aspecto que proponemos se regule, es el relativo a la falta de vía concreta para que el menor haga valer su derecho para reconocer a sus hijos en una situación como la planteada. Si bien este supuesto corresponde su regulación al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en mayor medida que al Código Civil, es necesario establecer las bases para que, de manera expedita, el juez de lo familiar autorice con la menor formalidad posible el reconocimiento de sus hijos al menor de edad.

De tal suerte se debe propiciar un procedimiento que permita, de manera sumaria, cumplir con todas las etapas que transcurren entre el nacimiento del hijo del menor no emancipado y el reconocimiento de su hijo.

Consideramos que es posible adicionar el artículo 424 con un segundo párrafo que establezca:

Quando el irracional disenso sea propiciado por la negativa de los padres al menor para el reconocimiento de sus hijos, y en virtud de que la patria potestad reviste un interés público, siempre que el requerimiento haya sido hecho por el menor a través del tutor dativo, el juez quedará facultado para resolver de forma expedita y en la misma resolución, lo conducente a la autorización para que el tutor ejerza el cargo y la autorización para que el menor reconozca a su hijo recién nacido.

4.3.3. CUANDO LOS MENORES PADRE DE FAMILIA VIVEN JUNTOS.
PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.

Otro supuesto a tratar se constituye cuando los menores de edad no emancipados viven juntos y son mayores de dieciséis años, es decir, cuentan con la edad para emanciparse.

Hablamos de menores en plural porque ambos padres del recién nacido lo son, además viven juntos y cuentan con la autorización de sus padres para el reconocimiento de sus hijos.

En este caso el primer conflicto que surge es la situación jurídica de los menores de edad como pareja, independientemente de que ellos sean los que se alleguen los medios de subsistencia básicos para ellos y para su hijo, o lo hagan a través de los que sobre ellos ejerzan la patria potestad, aquí no existe irracional disenso entre padres e hijos para el reconocimiento del recién nacido.

Para establecer la situación jurídica existente entre los menores de edad padre de familia que viven juntos y no están emancipados por matrimonio, debemos definir primero el concubinato y el artículo 291 establece que es la vida en común, permanente

y constante por un periodo de dos años y siempre y cuando no existan impedimentos legales para contraer matrimonio; en su segundo párrafo dice que no es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando se reúnen los demás requisitos y tengan un hijo en común.

Los menores de edad no emancipados que son padres y viven juntos no cumplen con los requisitos para ser concubinos, en principio resulta obvio que no cuentan con el transcurso de los dos años requeridos de vida común y permanente, ya que en el supuesto planteado estamos tratando de menores padres de familia que cuentan con la edad para emanciparse, y en todo caso, comenzarían a vivir juntos a los dieciséis años cumplidos, por lo que al cumplir el tiempo establecido para ser concubinos serían ya mayores de edad y no habría controversia para el reconocimiento de sus hijos.

Por otro lado, se cumple con el supuesto de haber tenido un hijo en común, pensando que cumplieran con la vida común constante y permanente, que son los otros requisitos para establecer el concubinato, solo les falta un requisito por cumplir, es el no tener impedimento legal alguno para contraer matrimonio; en este sentido, en la fracción primera del artículo 156 se establece como impedimento la falta de edad requerida para contraer matrimonio, y en la fracción segunda se contempla la falta del consentimiento del que ejerza la patria potestad.

De las observaciones anteriores se concluye que los menores de edad nunca obtendrán la calidad de concubinos, por la simple razón de que tienen un impedimento legal para contraer matrimonio.

Una vez determinado que los menores de edad que viven juntos y son padres de familia no generan entre sí obligaciones y derechos derivados del concubinato, por tener un impedimento legal para contraer matrimonio podemos entrar al estudio de quién debe ejercer sobre ese recién nacido la patria potestad.

Como apuntábamos en el caso planteado, los padres de los menores de edad otorgan, sin ninguna restricción, su consentimiento para que éstos reconozcan a su hijo recién nacido de conformidad con los artículos 361 y 362 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que no existe controversia en cuanto al reconocimiento, pero no así por lo que respecta a quien ejerce sobre el recién nacido la patria potestad.

El menor de edad, por el solo hecho de serlo y no haberse emancipado, sigue estando bajo la patria potestad de los que sobre él la ejercen, aun cuando le hayan otorgado de hecho y de derecho la autorización para reconocer a su hijo.

En un principio el padre menor de edad que obtuvo el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad ejercerá sobre su hijo recién nacido la misma, en virtud de lo establecido por el artículo 414 del Código Civil.

• En el texto del Código Civil para el Distrito Federal anterior a la reforma del 30 de diciembre de 1997, se encontraba vigente el artículo 415, mismo que fue derogado por dicha reforma, el cual se transcribe textualmente:

Art. 415 Anterior a la reforma que lo deroga del 30 de diciembre del 1997:
"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

"Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381".

Este artículo era contundente y no dejaba lugar a dudas en cuanto al ejercicio de la patria potestad cuando el hijo era nacido fuera de matrimonio. En un caso como el planteado nos permite determinar que a ambos padres corresponde el ejercicio de la patria potestad:

1. Los padres menores de edad viven juntos y obtienen el consentimiento de los que sobre ellos ejercen la patria potestad para el reconocimiento de su hijo.
2. En principio la patria potestad corresponde siempre a los padres.
3. Si los dos progenitores reconocen al hijo habido fuera de matrimonio y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad.

Con la reforma citada en la que se deroga el artículo 415 se dejó un vacío de ley, ya que en el nuevo texto del Código Civil para el Distrito Federal no se especifica claramente a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de personas que viven juntos, no son casados y ambos reconocen al recién nacido.

Interpretando el sentido del Código Civil Vigente, se aprecia la misma intención al establecerse que la patria potestad se ejerce por los padres, pero se pierde la claridad y contundencia con que lo determinaba el artículo 415 derogado. De los comentarios arriba enumerados se aplican los dos primeros con toda claridad conforme al Código Civil Vigente, no así por lo que respecta al tercer punto, en este sentido es necesario interpretar el alcance del artículo 414, el cual, al establecer que la patria potestad corresponde a los padres no hace distinciones de ninguna especie, esto es, no importa si viven juntos o separados, la patria potestad corresponde siempre a los padres, y si viven juntos debemos entender que corresponde a ambos padres, salvo alguno de los casos previstos en el propio Código para su pérdida, suspensión o limitación a la misma.

Podemos concluir que en un caso como el planteado la patria potestad corresponde a los menores de edad que son padres, pero para poder determinar contundentemente dónde comienza el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, y dónde termina el ejercicio de la patria potestad de los que sobre ellos la ejercen sobre el recién nacido, nos permitimos hacer las siguientes:

PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA: En este apartado consideramos que para hacer una reforma funcional, ésta debe plantearse en dos sentidos.

1. Proponemos se retome el texto derogado el 30 de diciembre de 1997 del artículo 415 del Código Civil para el Distrito Federal, adecuándolo a la realidad jurídica de nuestros días, es decir, sin hacer distinciones como no las hace el Código Civil, entre hijos habidos dentro y fuera de matrimonio.

Si bien el hecho de que el legislador haya derogado el artículo en comento, obedece a nuestro entender a la intención de erradicar los distinguos entre hijos de primera y de segunda, o sea, hijos habidos dentro y fuera de matrimonio, consideramos que dicha intención del Código Civil para el Distrito Federal pudo ser conservada sin derogar el artículo 415, sino únicamente habiéndolo modificado.

Como analizábamos párrafos arriba e interpretando el artículo 414 podemos establecer que en un principio, si los padres viven juntos a ambos corresponderá el ejercicio de la patria potestad, aun no estando casados, pero podemos retomar la claridad ofrecida por el texto derogado del artículo 415 con una leve modificación:

Quando los dos progenitores reconozcan al hijo y vivan juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados ambos ejercerán la patria potestad y por lo que se refiere a la guarda y custodia se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

Como se aprecia únicamente eliminamos del texto derogado del artículo 415 el concepto de "nacidos fuera de matrimonio", con lo que lo hacemos congruente a las nuevas disposiciones contenidas en el Código Civil en cuanto a filiación y reconocimiento de hijos.

Por otro lado, cabe señalar que en lo relativo a lo establecido por los artículos 380 y 381, siguen estando vigentes en el Código Civil y se refieren al reconocimiento de hijos por los padres cuando no viven juntos y las modificaciones sufridas en sus textos por la reforma del 25 de mayo del 2000, no son sustanciales, por lo que siguen siendo congruentes con el texto del artículo 415 propuesto, lo que constituye una razón más para proponer que se retome este artículo en el texto del Código Civil con la modificación señalada.

2. En segunda instancia debemos considerar la problemática expuesta como tal. Los menores de edad no emancipados que viven juntos son padres y tienen un hijo, por este hecho deben ejercer sobre ellos la patria potestad.

En este supuesto, a diferencia del comentado en el apartado anterior, no existe un irracional disenso entre quienes ejercen la patria potestad sobre los menores que son

padres y la voluntad de éstos para reconocer a su hijo. Por el contrario, los primeros otorgan su autorización a los segundos no sólo para que reconozcan a sus hijos, sino incluso, para que tengan una vida común y vivan juntos, pero sin obtener autorización para el matrimonio.

En este orden de ideas consideramos que nuestra propuesta no debe ser tan tajante, ya que si bien existe incongruencia en el hecho de que sobre quien se ejerce la patria potestad la ejerza al mismo tiempo, en este caso, dicha incongruencia no representa riesgo de rompimiento ni distanciamiento entre los padres menores de edad y los que sobre ellos ejercen la patria potestad, por el contrario se convierten en un apoyo para poder cumplir la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la patria potestad.

Es prudente citar al maestro Chávez Ascencio, que de los tratadistas consultados que aparecen en la bibliografía de este trabajo es el único que analiza, aunque de manera somera, el hecho de que los menores de edad sean padres. "En algunas legislaciones, por ejemplo la española, previenen que el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres. (Art. 157)."¹⁰⁶

La legislación española contempla una situación como las planteadas en este capítulo, consideramos que no se le debe imponer a los padres la obligación de asistir a sus hijos menores en el ejercicio de la patria potestad sobre los suyos, cuando el consentimiento para el reconocimiento de los mismos fue suplido por el juez, como el supuesto planteado en el apartado anterior. Por lo que respecta a cuándo los padres otorgan su consentimiento para el reconocimiento por los menores de sus hijos, caso tratado en este apartado y en el siguiente, consideramos que se les debe otorgar el derecho e imponer la obligación de asistir a sus hijos en el ejercicio de la patria potestad.

Proponemos que en este sentido se les otorgue a los menores una emancipación relativa mas no equiparada, para que puedan ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

Con emancipación relativa, a diferencia de la equiparada, nos referimos a que se le otorgue al menor padre de familia todos los derechos para que ejerza la patria potestad sobre su hijo, pero no producirá la emancipación en todos sus efectos, sino únicamente actuará como emancipado en todo lo relativo al ejercicio de la patria potestad sobre su hijo. Además, los que sobre él ejerzan la patria potestad la seguirán ejerciendo sobre ellos durante la minoría de edad y asistiéndolos para que a su vez la ejerzan sobre sus hijos.

Por esto proponemos que se adicione el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo Primero del Código Civil para el Distrito Federal con un artículo 424 BIS:

¹⁰⁶ Chávez Ascencio, Manuel. Op. Cit., p. 27.

ESTA COPIA NO SALE
DE LA PLANTILLA

Los menores de edad que cuentan con la edad para emanciparse, que vivan juntos y hayan obtenido de sus padres la autorización para reconocer a sus hijos, ejercerán sobre ellos la patria potestad.

Esta autorización es limitativa y no produce la emancipación, los que ejercen la patria potestad sobre ellos la seguirán ejerciendo y tendrán el derecho de asistirlos en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.

**4.3.4. CUANDO LOS MENORES PADRE DE FAMILIA VIVEN SEPARADOS.
PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.**

¿Qué ocurre cuando los menores padre tienen un hijo y viven separados? Este apartado está muy ligado para su análisis con el anterior, con la salvedad obvia de la vida en común. Partimos de que ambos padres son menores de edad, cuentan con la edad requerida para emanciparse y obtuvieron sin restricciones el consentimiento de los que sobre ellos ejercen la patria potestad para reconocer a su hijo.

En cuanto a la situación jurídica de los menores padres de familia, se aplican los razonamientos vertidos en el apartado anterior sobre si adquieren o no la calidad de concubinos. En este supuesto no sólo tienen como impedimento la existencia de los señalados en el artículo 156 fracciones I y II, es decir, la falta de edad requerida para contraer matrimonio o la autorización de los que ejercen la patria potestad sobre ellos, sino que además no tienen vida en común constante y permanente.

Establecido que los menores de edad que tienen un hijo y no viven juntos nunca generan los derechos y obligaciones procedentes del concubinato, pasamos al análisis de la problemática planteada en sí.

Como comentábamos, los que ejercen la patria potestad otorgan sin restricción alguna el consentimiento para que los menores reconozcan a sus hijos, en los términos de los artículos 361 y 362. Así los menores tienen dieciséis años cumplidos más la edad del hijo que van a reconocer y cuentan con la autorización de los que sobre ellos ejercen la patria potestad, pero siguen estando bajo ella por el solo hecho de no ser emancipados.

En este sentido son aplicables los comentarios hechos en el apartado anterior al respecto; en principio corresponderá siempre a los padres el ejercicio de la patria potestad aunque sean menores de edad y vivan separados. Por otro lado, como señalábamos en el apartado anterior, en un caso como el planteado el artículo 415 del Código Civil para el Distrito Federal, anterior a la reforma que lo deroga del 30 de diciembre de 1997, no dejaba lugar a dudas y en todo caso, nos remite a los artículos 380 y 381 que además están vigentes y no fueron modificados sustancialmente en la

última reforma al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, sólo sufrieron unas leves modificaciones de redacción pero su contenido jurídico sigue siendo el mismo:

Art. 380: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, madre al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor".

Art. 381: "Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieren otra cosa entre ellos, y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público".

Al igual que lo señalado en el apartado anterior consideramos que era innecesario derogar el artículo 415 ya que se hubiera logrado la congruencia del mismo con la realidad jurídica establecida en el Código Civil Vigente con una leve modificación al contenido textual de dicho precepto, máxime que en él se remitía a los artículos 380 y 381 que siguen estando vigentes. Por otro lado se le restó contundencia y claridad con la reforma que deroga dicho artículo, y es necesario interpretar el Código Civil para establecer a quién corresponderá del ejercicio de la patria potestad cuando los padres viven separados.

Los artículos 416 y 417 suplen en parte la laguna creada al derogar el artículo 415, pero son genéricos al establecer que "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad...." y "Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos..." respectivamente y no determinan que ocurre cuando los padres son los que ejercen la patria potestad, viven separados y su hijo fue habido fuera de matrimonio. Por lo que interpretando los artículos en comento podemos determinar que entre los padres podrán convenir, de la manera más amplia todo lo relativo, no al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, sino sobre la guarda y custodia. Los cuatro artículos citados establecen que los padres pueden convenir lo relativo a la guarda y custodia, pero no determinan, en caso de no vivir juntos a quién corresponde la patria potestad, por lo que, retomando el artículo 414 que establece que ésta corresponderá a ambos padres, o sea, a los dos padres menores de edad en el caso planteado, aunque no vivan juntos.

Pasando al análisis de los artículos 380 y 381 son claros por sí solos, si los padres menores de edad no viven juntos y reconocen en el mismo acto, convendrán a cuál de ellos corresponderá el ejercicio de la guarda y custodia, y si no lo hicieren, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente. Por otro lado, si los padres menores de edad no viven juntos y el reconocimiento se hace sucesivamente por el padre o la madre, ejercerá

la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieren otra cosa entre ellos y siempre que el juez no considere necesario modificar por causa grave el convenio.

Debemos determinar qué se entiende por guarda y custodia y en qué se diferencia de la patria potestad. En principio, y así nos lo muestra el propio Código, no será lo mismo que la patria potestad, éste constituye un concepto más general y como lo comentábamos en el capítulo tercero, incluye todos los derechos, obligaciones y deberes que la ley otorga de una manera temporal a los padres, o en su caso a los abuelos paternos y maternos, sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad para el debido cumplimiento de sus funciones. Por otro lado, el Código Civil al hablar de Guarda y Custodia siempre lo hace en relación a la estadia permanente del menor con alguno de los que ejercen la patria potestad, pero no por este solo hecho el que no tiene la custodia pierde la patria potestad, por el contrario, como lo determina el artículo 417: "No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes...", lo que implica que conserva todos los derechos y deberes de convivencia, limitados únicamente en cuanto a la permanencia y fijación del domicilio del menor.

En este sentido cabe citar las siguientes tesis jurisprudenciales:

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES, CONVENIO POSTERIOR A LA ACCIÓN IMPROCEDENTE DE.

Aun cuando la acción de pérdida de la patria potestad no haya prosperado, **las partes están facultadas para convenir respecto de la guarda y custodia de sus menores hijos, con el solo hecho de hacer del conocimiento de la autoridad jurisdiccional tal determinación y ratificar ante su presencia lo convenido, en términos de lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal.**¹⁰⁷

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3880/89. Manuel Flores Gómez. 5 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.

DIVORCIO, GUARDA DE LOS HIJOS EN CASO DE.

Si lo único que los divorciados hicieron fue restringir de algún modo las posibilidades de convivencia de los menores con el padre, pues de acuerdo con el convenio relativo, la condición jurídica de los hijos debe ser la de radicar al lado de la madre, de tal modo que la casa de ésta sea su domicilio legal, de esto se sigue que el padre, sin embargo, puede visitarlos, dictar medidas necesarias en pro de su educación, vigilar

¹⁰⁷ Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página: 352.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la inversión de los fondos que él les destine y aún llevarlos transitoriamente consigo, siempre que con ello no afecte la custodia de la madre.¹⁰⁸
 Amparo civil directo 3157/38. Smith Donald. 20 de febrero de 1940. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA. NO PROCEDE CUANDO EXISTE CONVENIO TÁCITO ENTRE LOS PADRES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, A PESAR DE QUE VIVAN SEPARADOS.

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal claramente señala que la patria potestad se pierde en cualquiera de las hipótesis a que se refieren sus cuatro fracciones, no acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, **porque a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre,** al no hacer reclamación alguna sobre este particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal evento, se actualiza la hipótesis que contempla **el artículo 437 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar determinará quién de los progenitores continuará en el ejercicio de tal derecho, sin que esto implique pérdida de la misma por el progenitor no designado,** máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de lo dispuesto por el artículo 444 del código de la materia.¹⁰⁹

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 2108/90. Héctor Montiel Rodríguez. 7 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

De las tesis antes señaladas podemos determinar, en relación a los artículos 380 y 381, que cuando ambos padres viven separados pueden convenir de la manera más amplia todo lo relativo con la guarda y custodia de sus hijos. Es obvio que la guarda y custodia se refiere únicamente a la estancia del menor de manera permanente con alguno de los que ejercen la patria potestad; por otro lado, el hecho de que alguno de los dos necesariamente no la tendrá, no implica que pierda la patria potestad, como lo determina el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal: "No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente

¹⁰⁸ Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXIII, Página: 2016.

¹⁰⁹ Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990, Página: 596.

en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”.

En este orden de ideas podemos decir que la patria potestad corresponderá a ambos padres, pero no así la guarda y custodia, la que tendrán que convenir a cuál de ellos corresponderá su ejercicio, y el juez de lo familiar deberá aprobar dicho convenio si no considera necesario modificarlo por causa grave. Cabe señalar que en un caso como el planteado, los menores de edad realizarán y acudirán ante el juez para la ratificación del convenio a través de los que sobre ellos ejerzan la patria potestad, por ellos carecer de personalidad jurídica, por estas razones hacemos las siguientes:

PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA: Al igual que las propuestas realizadas en el apartado anterior, ésta debe ser en dos sentidos:

1. De igual forma que en el apartado anterior proponemos se retome el texto del artículo 415 del Código Civil para el Distrito Federal derogado el 30 de diciembre de 1997, adecuándolo a la nueva realidad jurídica, sin hacer distinciones entre hijos habidos dentro y fuera de matrimonio, pero haciéndolo más claro al establecer que cuando los padres viven separados a ambos corresponderá el ejercicio de la patria potestad y sólo en lo relativo a la guarda y custodia ellos podrán convenir lo conducente, con la aprobación del juez del convenio respectivo. Proponemos que se retome el artículo 415 en el mismo sentido como se propuso en el apartado anterior:

Cuando los dos progenitores reconozcan al hijo y vivan juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados ambos ejercerán la patria potestad y por lo que se refiere a la guarda y custodia se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

2. La segunda propuesta se constituye por el caso planteado en este supuesto, ambos padres son menores de edad, no viven juntos y han obtenido de los que sobre ellos ejercen la patria potestad la autorización para que reconozcan a su hijo recién nacido. Al igual que en el apartado anterior consideramos que a este respecto, se les debe otorgar a los menores una emancipación relativa y sólo por lo que respecta al ejercicio de los derechos y deberes impuestos por la patria potestad. De igual forma se debe otorgar e imponer a los que otorgaron el consentimiento para que reconocieran a su hijo la facultad y obligación de asistir y orientar a los menores en el ejercicio de la patria potestad.

Por lo que se refiere a convenir a cuál de los menores corresponderá la guarda y custodia del recién nacido, entre ellos establecerán los términos del convenio, interviniendo sus padres o los que sobre ellos ejerzan la patria potestad, no sólo en

cuanto a la autorización judicial del mismo, sino incluso, en la elaboración del mismo atendiendo a su deber de asistirlos en el ejercicio de la patria potestad.

En este sentido proponemos que se adicione el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo Primero del Código Civil para el Distrito Federal con un artículo 424 TER:

Los menores de edad que cuentan con la edad para emanciparse, que no vivan juntos y hayan obtenido de sus padres la autorización para reconocer a sus hijos, ejercerán sobre ellos la patria potestad.

Esta autorización es limitativa y no produce la emancipación, los que ejercen la patria potestad sobre ellos la seguirán ejerciendo y tendrán el derecho de asistirlos en el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, así como en la fijación de los términos en que se convenga la guarda y custodia del recién nacido, determinada en los artículos 380 y 381.

4.3.5. CUANDO UNO DE LOS PADRES ES MENOR DE EDAD Y EL OTRO ES MAYOR DE EDAD. PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA.

En las relaciones paterno-filiales, pueden presentarse diversas situaciones de hecho que generan conflictos jurídicos en relación a la patria potestad de los hijos de menores de edad no emancipados, el último conflicto que analizaremos es el que se presenta cuando uno de los padres del recién nacido es menor de edad y el otro es mayor de edad.

En lo referente al reconocimiento y ejercicio de la patria potestad sobre el hijo por parte del padre mayor de edad no existe ningún conflicto, ya que tiene capacidad plena para el ejercicio de sus derechos. No así en lo referente al reconocimiento y ejercicio de la patria potestad por parte del menor de edad sobre su hijo, en primer término como en los dos apartados anteriores, partimos de que el menor de edad cuenta con la edad requerida para emanciparse y para el reconocimiento de sus hijos, y obtuvo el consentimiento de los que sobre él ejercen la patria potestad, según lo establecido en los artículos 361 y 362 del Código Civil para el Distrito Federal.

Debemos señalar que, en cuanto a la situación jurídica de los padres del hijo a reconocer, no adquieren la calidad de concubinos, ya que al menos el menor cuenta con impedimentos legales para que se constituya el concubinato según lo dispuesto en los artículos 291 Bis, 148, 156 fracciones III. y IV. del Código Civil para el Distrito Federal.

Este impedimento se constituye por la falta de edad requerida para contraer matrimonio, obviamente la del menor de edad, y en todo caso, la falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad para que lo celebre; cabe aclarar que, en el caso

planteado, el menor obtuvo la autorización de los que sobre él ejercen la patria potestad para reconocer a su hijo pero no para contraer matrimonio.

Establecido que en el caso planteado los padres, mayor y menor de edad, no generan entre sí los derechos y obligaciones derivados del concubinato, pasamos al análisis de la problemática señalada en sí, ¿qué ocurre con el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo cuando los padres son uno menor de edad y otro mayor de edad?

El conflicto planteado se presenta en una doble perspectiva y está relacionada con las situaciones analizadas en los dos apartados anteriores, es decir, si los padres del recién nacido viven juntos o viven separados, con la clara diferencia que la capacidad para reconocer y ejercer la patria potestad sobre el recién nacido cuestionada no es la de ambos padres, sino únicamente la del padre menor de edad.

1. Cuando un mayor y un menor de edad que obtuvo el consentimiento de los que sobre él ejercen la patria potestad para reconocerlo tienen un hijo y viven juntos, es obvio que el mayor de edad tiene pleno ejercicio de sus derechos, y por lo tanto, la facultad de ejercer la patria potestad sobre sus hijos. El conflicto se presenta con el ejercicio de la patria potestad a cargo del otro padre y que es menor de edad.

En este sentido debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece: "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..." Donde se nota la clara intención del legislador de otorgar a los padres el ejercicio de la patria potestad, en el caso planteado el padre menor de edad que obtuvo el consentimiento de los que sobre él ejercen la patria potestad para reconocer a su hijo y vive junto con el otro padre que es mayor de edad, ejercerá por él mismo la patria potestad.

Son igualmente válidos para este supuesto los razonamientos planteados en el apartado 4.3.3. de este capítulo en lo relativo a la reforma hecha al Código Civil por la que se derogó el artículo 415, ya que, en un caso como el planteado nos permite determinar que a ambos padres corresponde el ejercicio de la patria potestad por vivir juntos, aunque no hayan contraído nupcias.

2. El otro supuesto en este caso se presenta cuando el padre mayor de edad y el menor de edad no viven juntos, cabe señalar de nueva cuenta, que la capacidad del padre cuestionada para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo recién nacido no es la del mayor de edad, sino la del padre menor de edad sujeto a la patria potestad de sus padres o abuelos y que obtuvo de ellos la autorización para el reconocimiento de su hijo.

Haciendo referencia nuevamente al artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que la patria potestad corresponde a los padres, de donde se concluye que el padre menor de edad que reconoció a su hijo tendrá el mismo

derecho que el padre mayor de edad para el ejercicio de la patria potestad sobre el recién nacido.

Por otro lado son igualmente válidos los razonamientos planteados en relación al artículo 415 derogado, por lo que si viven separados corresponderá la patria potestad a ambos y entre ellos convendrán, en principio, lo relativo a la guarda y custodia según lo establecido en los artículos 380 y 381, actuando el padre menor de edad a través de los que ejercen sobre él la patria potestad.

PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA. Para ofrecer una propuesta de regulación jurídica funcional, cuando los padres sean uno menor y otro mayor de edad, debe hacerse ésta en tres aspectos:

1. Proponemos, nuevamente, se retome el texto derogado el 30 de diciembre de 1997, del artículo 415 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para obtener la congruencia apuntada en los apartados 4.3.3. y 4.3.4. e interpretando el artículo 414 podemos establecer que, ya sea que los padres vivan juntos o separados, a ambos corresponderá el ejercicio de la patria potestad aún no estando casados, pero podemos retomar la claridad ofrecida por el texto derogado del artículo 415 con una leve modificación:

Art. 415: Cuando los dos progenitores reconozcan al hijo y vivan juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados ambos ejercerán la patria potestad y por lo que se refiere a la guarda y custodia se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

Por lo que en los casos planteados en este apartado, cuando los padres son uno menor y otro mayor de edad esta reforma propuesta tiene aplicación, ya que la patria potestad cuestionada es la del menor de edad, ya sea que viva junto o separado con el otro padre, que es mayor de edad.

2. En otro sentido se debe regular el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo recién nacido cuando los padres, menor y mayor de edad, viven juntos. En el apartado 4.3.3. de este capítulo establecimos que cuando los menores de edad vivían juntos se les debía otorgar una emancipación relativa en cuando al ejercicio de los derechos y deberes impuestos por la patria potestad, imponiéndoles a los padres el deber de asistir a los menores en el ejercicio de la misma.

Consideramos que en el caso señalado, se le debe otorgar a los menores el mismo derecho de emancipación relativa, pero la asistencia en el ejercicio de la patria potestad no deberá ser sólo a cargo de los padres, sino también a cargo del otro padre mayor de edad. De esta forma el padre menor de edad ejercerá la patria

potestad sobre su hijo recién nacido con la asistencia, en primera instancia del otro padre mayor de edad, pero en caso de ausencia o incapacidad de éste para prestar dicha asistencia, la suplirán los que sobre él ejerzan la patria potestad. De tal suerte, creemos que debe adicionarse en el Libro Primero Título Octavo Capítulo Primero del Código Civil para el Distrito Federal con un artículo 424 Quáter:

Quando un menor de edad es padre en los términos establecidos en el artículo 424 BIS, y el otro padre es mayor de edad ambos ejercerán la patria potestad sobre el recién nacido.

Esta autorización al padre menor de edad es limitativa y no produce la emancipación, el padre mayor de edad estará obligado a asistir al otro en el ejercicio de la patria potestad, y sólo a falta o impedimento legal de éste para hacerlo, lo asistirán quienes ejercen sobre él la patria potestad.

3. El tercer aspecto a considerar en esta propuesta, lo constituye el supuesto planteado en el que uno de los padres es menor de edad y el otro es mayor de edad cuando viven separados. Los que ejercen la patria potestad sobre el padre menor de edad otorgaron su consentimiento para que reconociera a su hijo, ya sea conjunta o separadamente con el padre mayor de edad y según lo dispuesto en los artículos 380 y 381, entre ellos convendrán todo lo relativo a la guarda y custodia según los razonamientos vertidos en el apartado 4.3.4., de este capítulo.

No hay controversia sobre el ejercicio de la patria potestad, la que corresponderá a ambos padres, el conflicto se presenta en a cuál de ellos corresponderá la guarda y custodia. Consideramos que si el padre mayor de edad engendró un hijo con un menor de edad y no muestra la intención de mantener una vida en común con el padre de su hijo menor de edad, se le debe restringir el ejercicio de la guarda y custodia sobre el recién nacido.

Esta restricción debe permanecer por lo menos hasta que el padre menor de edad adquiera la mayoría de edad o se emancipe y convenga con el padre mayor de edad, en el pleno uso de sus derechos otra cosa distinta.

Esta situación obedece a que si los padres del menor de edad otorgaron su consentimiento para que reconozca a su hijo y el padre mayor de edad, a pesar de haber reconocido al recién nacido no tiene la intención de vivir con el padre de su hijo, se establece una presunción de irresponsabilidad para con las obligaciones contraídas de su parte, que presupone la falta de solvencia moral para el ejercicio de la guarda y custodia sobre su hijo, por lo que debe ejercerla el padre menor de edad asistido por los que sobre él ejercen la patria potestad, y en el momento en que éste adquiriera la mayoría de edad podrá convenir con el padre mayor de edad lo que a sus intereses y los de su menor hijo convenga, en los términos de los artículos 380 y 381.

Cabe aclarar que hablamos del ejercicio de la guarda y custodia y no de la patria potestad con todos los derechos y obligaciones que ésta impone, sino sólo a la permanencia física del menor con uno de los padres, que en este caso correspondería al menor de edad siempre asistido por los que sobre él ejercen la patria potestad. Asimismo, el padre mayor de edad tendrá el derecho de convivencia con el menor recién nacido, así como la obligación de otorgar alimentos en términos del artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo anterior proponemos se adicione el Libro Primero Título Octavo Capítulo Primero del Código Civil para el Distrito Federal con un artículo 424 Quintus:

Cuando un menor de edad es padre en los términos establecidos en el artículo 424 TER, y el otro padre es mayor de edad ambos ejercerán la patria potestad sobre el recién nacido.

Esta autorización al padre menor de edad es limitativa y no produce la emancipación, el padre mayor de edad estará impedido para ejercer la guarda y custodia sobre el recién nacido, la que corresponderá al menor de edad quien la ejercerá asistido por los que sobre él ejerzan la patria potestad.

El impedimento anterior durará hasta que el padre menor de edad adquiera la mayoría de edad y esté en posibilidad de convenir por él mismo, lo relativo a la guarda y custodia en términos de lo dispuesto por los artículos 380 y 381.

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES.

1.- La familia se transforma día a día; el Estado, al crear leyes en materia familiar, se ha visto rebasado por la dinámica social y va siempre un paso atrás en la reglamentación jurídica de las relaciones familiares.

2.- La patria potestad está investida de interés público por el Estado pero su regulación jurídica, a pesar de la reforma de mayo del 2000, no ha alcanzado la realidad social de esta figura jurídica, por lo que debe otorgarse el ejercicio de la patria potestad a los menores de edad que son padre de familia.

3.- Urge redefinir el concepto de patria potestad en el Derecho Vigente, actualizando su denominación a la realidad social presente en la que se incluya a todos los sujetos que intervienen en esta relación jurídico-familiar.

4.- Biológicamente el ser humano adquiere la capacidad para reproducirse antes de adquirir la capacidad jurídica plena para el reconocimiento de sus hijos, por lo que es necesario reglamentar el ejercicio de la patria potestad a cargo de los menores de edad que pueden reconocer válidamente a sus hijos.

5.- Siempre deberá concederse a los padres menores de edad el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, y a los abuelos únicamente se les encargará la tarea de asistirlos en su desempeño, orientándolos y guiándolos en el cumplimiento de sus deberes como padres.

6.- Para evitar que se produzca un doble ejercicio de la patria potestad, el que ejercen los ascendientes sobre el menor de edad que es padre y el ejercido por éstos sobre su hijo recién nacido, es imperante otorgar una emancipación relativa o equiparada, según sea el caso, en beneficio del menor que es padre, limitando o terminando así la potestad de sus ascendientes sobre ellos.

7.- En los casos en que los menores de edad que son padres se han emancipado por matrimonio ellos ejercerán plenamente la patria potestad sobre sus hijos, ya que no existe impedimento legal que les restrinja este derecho.

8.- Cuando los menores de edad logran reconocer a sus hijos a través de la autorización judicial, ante la negativa de sus ascendientes de otorgar su autorización para el reconocimiento, se les debe conceder una emancipación equiparada que les permita ejercer plenamente sus derechos y deberes como padres.

9.- Si los menores de edad viven juntos y obtuvieron la autorización de sus padres para el reconocimiento de sus hijos, es a ellos a los que corresponderá el ejercicio de la patria potestad, y sus ascendientes sólo tendrán el derecho y la obligación de asistirlos y orientarlos en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones.

10.- Corresponderá el ejercicio de la patria potestad a los menores de edad que obtuvieron el consentimiento de sus padres para reconocer a sus hijos cuando vivan separados, y sus ascendientes tendrán el derecho y la obligación de asistirlos y orientarlos, incluso en la elaboración del convenio que establezca lo relativo a la guarda y custodia del recién nacido.

11.- Cuando sólo uno de los progenitores es menor de edad y el otro es mayor, si viven juntos deberá corresponder a ambos la patria potestad, si viven separados se le otorgará al menor la guarda y custodia, quien la ejercerá asistido de sus ascendientes.

BIBLIOGRAFÍA**1.- BAQUEIRO ROJAS, EDGAR.**

*"Derecho de Familia y Sucesiones",
Editorial Harla, México, 1990.*

2.- CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL.

*"La Familia en el Derecho",
Editorial Porrúa, México, 1990.*

3.- COHEN, JEAN Y OTROS.

*"Enciclopedia de la Vida Sexual, de la Fisiología a la Psicología". Tomo para Jóvenes de Dieciocho Años,
Editorial Argos Vergara, Barcelona, España, 1980.*

4.- ESQUIVEL OBREGÓN, T.

*"Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano. Tomo I",
Editorial Porrúa, México, 1984.*

5.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO.

*"Derecho Civil",
Editorial Porrúa, México, 1995.*

6.- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO.

*"Introducción al Estudio del Derecho",
Editorial Porrúa, México, 1974.*

7.- IBARROLA, ANTONIO DE.

*"Derecho de Familia",
Editorial Porrúa, México, 1982.*

8.- MARGADANT S., FLORIS GUILLERMO.

*"Derecho Romano",
Editorial Esfinge, México, 1983.*

9.- MARGADANT S., FLORIS GUILLERMO.
"Introducción a la Historia del Derecho Mexicano",
Editorial Esfinge, México, 1993.

10. - MENDIETA Y NÚÑEZ, LUCIO.
"El Derecho Precolonial Mexicano",
Editorial Porrúa, México, 1992.

11.- MONTERO DUHALT, SARA.
"Derecho de Familia",
Editorial Porrúa, México, 1990.

12.- MOTO SALAZAR, EFRAÍN.
"Elementos de Derecho",
Editorial Porrúa, México, 1994.

13.- PACHECO E., ALBERTO.
"La Familia en el Derecho Civil Mexicano",
Panorama Editorial, México, 1985.

14.- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, JOSÉ MANUEL.
"Breviario de Derecho Germánico",
Universidad Complutense de Madrid, España, 1993.

15.- PETIT, EUGENE.
"Tratado Elemental de Derecho Romano",
Editorial Época, México, 1977.

16.- PINA VARA DE, RAFAEL.
"Derecho Civil Mexicano",
Editorial Porrúa, México, 1985.

17.- PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES.
"Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II",
Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1991.

19.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
"Compendio de Derecho Civil",
Editorial Porrúa, México, 1991.

LEGISLACIÓN

1.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista, México, 2001.

2.-CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México, 1996.

3.- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.
EDITORIAL TIP. DE J.M. AGUILAR ORTÍZ, 1ra. DE SANTO DOMINGO, 1872.

4.- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.
IMPRENTA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN, CALLE DE LERDO, NÚMERO 3. 1884.