

40721
82

A

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**"LA IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y EL
HOMBRE EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS
MENORES"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

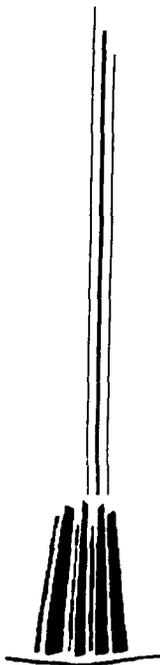
**P R E S E N T A :
JUAN CASTAÑEDA MORALES**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ASESOR : LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

2003





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

A MIS PADRES

**GLORIA MORALES GARCÍA
SALVADOR CASTAÑEDA JIMÉNEZ**

Por darme la vida, pero sobre todo por su esfuerzo, dedicación, educación, apoyo y prominente respaldo que me han brindado durante mi formación personal y profesional. Gracias a ello he culminado uno de mis más grandes anhelos.

A MI HIJA

**PAOLA NAYELI CASTAÑEDA
GÁLVEZ**

Por que con su alegría e inocencia, me impulsa día a día a superarme.

A MI ESPOSA

MERCEDES GÁLVEZ ROSALES

Por su valiosa contribución, apoyo, sacrificio en la realización de mis metas, y además por su incondicional compañía y amor entregados.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MIS HERMANOS

MIGUEL, FRANCISCO, EDITH,
RICARDO, GLORIA YAZMÍN,
MINERVA, SALVADOR, OLIVIA
BETZBETH Y SUSANA.

Por brindarme siempre el
apoyo incondicional y los
valiosos consejos.

A LA UNIVESIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por acogerme en sus aulas,
y haberme formado
profesionalmente, seguro de la
responsabilidad que conlleva
pertenecer a la Máxima Casa
de Estudios.

A LOS PROFESORES

Por su sabia forma de transmitir los
conocimientos.

A MI ASESOR

LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES

Por la disposición y tiempo empleado
en la realización del presente trabajo.

A MI JURADO

LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES

LIC. ROSA MARÍA MUÑOZ PORTILLO

LIC. ANGELINA HERNÁNDEZ CRUZ

LIC. SILVIA CORONA MARQUEZ

LIC. SANDRA LILIA GONZALEZ CRUZ

Al contribuir con su experiencia y
conocimientos en la elaboración de
este trabajo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

LA IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y EL HOMBRE EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 ORIGENES	4
1.2 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	11
1.3 EN EL DERECHO GERMÁNICO	26
1.4 EN EL DERECHO ESPAÑOL	28
1.5 EVOLUCIÓN	38
1.6 EPOCA CONTEMPORÁNEA	39
1.7 EVOLUCIÓN EN MÉXICO	40

CAPITULO SEGUNDO

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD

2.1 CONCEPTO	46
2.2 NATURALEZA	49
2.3 CARACTERISTICAS	51
2.4 CONTENIDO	53
2.5 SUJETOS QUE INTEGRAN LA RELACIÓN	54
2.6 EFECTOS RESPECTO A LA PERSONA Y BIENES DE LOS HIJOS	55
2.7 EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	59
2.8 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	60

A

CAPITULO TERCERO

IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y EL HOMBRE	
3.1 CONCEPTO DE GARANTIA	62
3.2 CONCEPTO DE IGUALDAD	64
3.3.1 DIFERENCIA ENTRE EQUIDAD E IGUALDAD	88
3.4 REGIMEN JURÍDICO DE LA IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y EL HOMBRE	91
3.5 ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL	99

CAPITULO CUARTO

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA	
4.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA	121
4.2 CARACTERÍSTICAS	125
4.3 CONTENIDO	126
4.3.1 HIJOS DE MATRIMONIO	140
4.3.2 HIJOS FUERA DE MATRIMONIO	147
4.3.3 DIVORCIO	151
4.3.4 NULIDAD DE MATRIMONIO	163
4.3.5 ADOPTADOS	168
4.4 SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA CUSTODIA	171
4.5 FUNCIÓN DEL ESTADO	178
CONCLUSIONES	190
BIBLIOGRAFÍA	194

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

La familia es considerada la célula de la sociedad, por ello el Estado vela porque la misma se mantenga, y todas las cuestiones inherentes a la misma se consideran de orden público.

Así pues tenemos que la familia está integrada por diversos miembros, dentro de los cuales encontramos a los progenitores y a los hijos, siendo los primeros los que tienen el mando, cuidado, educación y obligación de alimentar a los segundos.

Sin embargo, la familia se enfrenta a diversas problemáticas, dentro de las cuales la más destacada es la separación de los padres, o en su defecto, el divorcio de los mismos, lo que acarrea severas consecuencias en la persona de los hijos, originándole problemas de carácter psicológico y moral.

Esos problemas psicológicos y morales se van acrecentando en la medida en que los padres toman a los hijos como el pretexto más adecuado para someter al otro a su voluntad. En efecto, cuando los padres no pueden seguir conviviendo en el mismo hogar, y su relación se torna por demás insoportable, comienza la lucha para ver quien de ellos cede a la voluntad del otro, y el medio por el cual se valen son los hijos, ya que en la lucha que sostienen los progenitores no siempre tienden a velar por los intereses de sus menores hijos.

Dicha contienda de los padres, llega al extremo de ver quien quedará con el cuidado de los hijos, es decir, luchan por obtener la custodia de los hijos.

entendiéndose por custodia, la posesión física de los hijos, ya que no se puede entender desvinculada esa posesión de la guarda; y que en la mayoría de los casos le es concedida a la mujer, por ese sólo hecho, argumentándose, que sólo ella le puede dar los cuidados que necesitan los hijos menores. Es cuando surge el interrogante de saber si la mujer es la más apta para satisfacer todas las necesidades de los hijos; es decir el legislador y el juzgador han transgredido la garantía de igualdad que el hombre y la mujer tienen, el uno respecto del otro, garantía prevista en el artículo 4º de la Constitución Federal. Sin embargo no es la única interrogante, y por mencionar algunas tenemos que ver si la madre es realmente la mejor alternativa para los hijos, es decir, realmente puede brindar y cumplir los cuidados que el legislador y el juzgador dicen que sólo ella puede darles; o bien, si el hombre ciertamente no puede brindar los cuidados necesarios para salvaguardar la persona y bienes de los hijos, o el hecho de que el hombre, generalmente, sea el que sufraga los gastos familiares no tenga el tiempo suficiente para ello, es que tenga la pugna de que no pueda cuidarlos

Por ello, es que nos dimos a la tarea de investigar si son constitucionales, los dispositivos legales, jurisprudencias y resoluciones judiciales que determinan que los menores de doce años deben permanecer a lado de su madre; pero sobre todo, ver si realmente esos instrumentos cumplen las necesidades de los menores, que a fin y al cabo son los implicados y por ello los que sufren las consecuencias, teniendo siempre presente que en un futuro ellos también serán padres, y que a sus hijos los educarán de acuerdo a como hayan criado y educado a ellos mismos; aspectos que debemos estudiar y analizar adecuadamente, para el óptimo desarrollo de los menores, con objeto de

que la familia, que es la base de la sociedad llegue a mantenerse y desenvolverse en perfecta armonía.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1 ORIGENES.

El doctrinario Bachofen, fundándose en ciertos párrafos de Heródoto, sostuvo la preexistencia del matriarcado respecto al patriarcado y de la promiscuidad con relación al primero, pues basándose en tales apreciaciones observa la organización de los pueblos salvajes de nuestro tiempo, en donde sistemáticamente se da la evolución de la familia y, por tanto, de la patria potestad, en el siguiente orden:

- a) Promiscuidad Absoluta.
- b) Familia consanguínea.
- c) Familia exogámica.
- d) Familia sindiásmica.
- e) Familia poliándrica.
- f) Familia matriarcal.
- g) Familia patriarcal poligámica.
- h) Familia patriarcal monogámica.
- i) Familia monogámica.

Todas y cada una de las anteriores formas y/o tipos de organización de la familia se procederán a su análisis en razón de que constituyen el desarrollo de la familia a través de la historia.

La importancia de su estudio es con el objeto de percatarnos que dichas organizaciones fueron comandadas algunas por el hombre y otras por la madre, así como el funcionamiento que tuvo cada una de ellas y sobre todo el cuidado y protección que se le daba a sus miembros.

PROMISCUIDAD ABSOLUTA.

La palabra promiscuidad quiere decir, confusión, mezcla; es decir, en este estado se supone que un hombre sostenía relaciones sexuales con varias mujeres y viceversa; considerando que el régimen era el mismo que el de los animales. El fundamento en que se basan los pensadores que sostienen esta corriente es el de las investigaciones históricas primitivas, debido a la poca evolución del ser humano. Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus instintos naturales de supervivencia y procreación en forma tan espontánea e inocente como los demás seres irracionales que poblaban la tierra, pues hay que recordar que antes de que existiera alguna organización social, el humano convivía gregariamente con los de su especie a semejanza de los demás componentes del reino animal.

Aquellos promiscuos que vivían en los árboles o en las cuevas, que se alimentaban de frutos y raíces silvestres y que seguían su instinto de conservación y de reproducción tal como lo hacen actualmente los primates que viven en libertad; actuaban precisamente por instinto, la madre cuidaba de los hijos, como si se tratara de cachorros, cuidando y siguiendo su vida propia, hasta que estuvieran aptos para salvaguardar su integridad física, así como para perpetuar su especie. Lo anterior nos muestra de manera ligera,

una forma de ejercer la patria potestad respecto de los hijos, partiendo del instinto.

FAMILIA CONSANGUÍNEA

En segundo término, como consecuencia del anterior, tenemos al de la familia consanguínea, respecto del cual sabemos que se trata de una promiscuidad que ha tenido cierta evolución; en efecto, en dicha etapa existía ya una prohibición de cópula entre ascendientes y descendientes, subsistiendo la promiscuidad entre hermanos. Las causas que ponían de manifiesto estas relaciones eran de seres atacados de procesos degenerativos, debido a un nacimiento atropellado, pudiendo tener otra etiología determinada casi siempre por la insatisfacción sexual al no tener mujer o bien al cansarse de la mujer propia.

FAMILIA EXOGÁMICA

Siguiendo la evolución de la familia, tenemos que surge después de las dos antes mencionadas, la familia punulúa (relación entre hermanos íntimos), la cual tiene dos importantes características a saber: la prohibición de cópula entre hermanos y hermanas y el matrimonio conjunto entre varios hombres con varias mujeres, sin que exista entre estos, parentesco alguno. Esto es en esencia, el fundamento del matrimonio exogámico; entendiéndose por exogamia la rigurosa abstención de lo sexual entre parientes muy próximos. Lo anterior es, indudablemente, el máximo y universal principio ético y jurídico que en materia sexual regula la comunidad humana, su violación es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

contemplada unánimemente como el más vergonzoso agravio que puede sufrir la familia en su organización y orden.

En esta etapa quedó prohibido, pues, el matrimonio entre parientes consanguíneos. La contravención a las disposiciones de la familia exogámica en el sentido de la prohibición de la relación entre parientes consanguíneos, constituye un repudio total al derecho canónico desde que este ordenamiento existe, en todo tiempo y lugar. Ahora bien, al referirse a esa relación en las sociedades primitivas, en donde el horror del incesto en tales sociedades supone la anterior práctica frecuente de relación sexual dentro de la familia, llega a establecer su definitiva prohibición a través de la censura colectiva, manifestada a través de las concepciones míticas del Totemismo. En la tribu "el tótem" es el símbolo mítico del ascendiente común, siendo tabú no solo mancharlo o herirlo, sino toda relación erótica entre los miembros que pertenecían al mismo clan o grupo familiar totémico. El tótem no se transmitía sino por línea materna así los miembros de un único y mismo tótem debían entrar a las relaciones sexuales, y por tanto, les estaba prohibido casarse entre sí. Con base en tal creencia se daba un aspecto ético que caracterizaba a la familia punulúa, en donde existía la prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos; posteriormente entre hermanos de cualquier origen, medios hermanos y aún entre primos.

En la segunda etapa característica de este tipo de familia, tenemos el matrimonio por grupos, identificándose aquel en el que es formado a través de la unión sexual precisamente por varias personas, observándose cierta restricción a la relación libre, principalmente respecto a un grupo de hermanas que comparten maridos comunes o grupo de hermanos con

mujeres compartidas, estableciéndose un lazo más estrecho entre la madre y el hijo propio de ella. "También destaca que debido a los especiales parentescos matrilineales encontrados en Polinesia, todos los hijos de un grupo de mujeres son hermanos entre sí; los hombres a su vez llaman hijos a los hijos de hermanos y sobrinos a los hijos de sus hermanos."¹

FAMILIA SINDIÁSMICA

Esta familia estaba formada por matrimonios entre parejas, pero sin cohabitar exclusivamente. En esta etapa empieza a darse una personal selección de parejas de manera temporal, en cuyo grupo de maridos y mujeres, primitivamente era común que un hombre y una mujer se escogieran y mantuvieran relaciones exclusivas entre sí en forma más o menos permanente. Esta permanencia se establecía sobre todo en función de la procreación; esto es, hasta que el hijo naciera o dejara la alimentación materna, hasta entonces el hombre permanecía a lado de la mujer proveyendo en común a la protección del crío. La restricción de exclusividad era sobre todo para la mujer, pudiendo el hombre con frecuencia relacionarse con varias mujeres. Estas uniones se deshacían voluntariamente.

FAMILIA POLIÁNDRICA

En esta familia una mujer se unía con varios hombres y se da este tipo de unión en atención y por razones de carácter económico, como era la escasez de satisfactores y el crecimiento de la población. Las personas primitivas, planteaban la necesidad de solucionar ese tipo de problemas, en la forma

¹ MONTERO DE HAUT, Sara. Derecho de Familia. México, Porrúa, 1985, p. 4.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siguiente: la necesidad de mayor fuerza de trabajo dentro de un núcleo familiar estaba simbolizada por el hombre, y para asegurar tal situación, se permitía la admisión de dos o más hombres compartiendo una sola mujer, garantizando de esa manera que esta no quedara estéril; por otra parte, al nacimiento de una o varias niñas se autorizaba la muerte de una de ellas; es decir, se legalizaba el infanticidio en esa etapa de tal manera que en cierto momento había más hombres que mujeres en el grupo.

La poliandria es el tipo de familia que conduciría a la figura del matriarcado, en donde la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes. Estos supuestos se daban en razón de que en las organizaciones primitivas se observa que la madre es siempre conocida con relación al hijo, en tanto que el padre resulta desconocido para él.

FAMILIA MATRIARCAL

Como mencionábamos en la etapa anterior, esta forma de organización familiar, en la que la madre, por ser el progenitor individualmente conocido, es el centro de familia. Ella ejerce la autoridad en el grupo y la descendencia y los derechos se determinan por línea materna. El matriarcado nace en algunos pueblos debido a la traslación que sufrieron algunas personas antiguas de la inestabilidad de ser nómadas y al convertirse en sedentarios, esto es, la mujer desarrolla su habilidad como recolectora de frutos en estrecho contacto con la tierra y sus productos; y esto, aunado a los progresos tales como el tejido y la alfarería, arrebataron poco a poco el

predominio económico al hombre colocando a la mujer como elemento productor en la preponderancia económica.

FAMILIA PATRIARCAL POLIGAMICA (POLIGENIA)

En este tipo de familia, varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre. Entre las causas que dieron lugar a este tipo de relación, están entre otras, la reducción del número de varones adultos frente al de las mujeres, debido al desempeño del primero en actividades peligrosas como la guerra, la caza y la tolerancia sexual promiscua del varón; por lo que en este tipo de relaciones destaca el predominio del poder masculino. Formas específicas de la poligenia se encuentran en el hermanazgo, el levirato y el sororato. La primera consiste en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa; la segunda se daba prácticamente cuando un hombre tenía el deber de casarse con la viuda de su hermano; y la tercera consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer, cuando ésta era estéril.

FAMILIA PATRIARCAL MONOGÁMICA

Diremos que este tipo de familia, no sólo es un antecedente de la familia contemporánea, sino su modelo, pues en la actual forma de familia destaca el robusto poder del padre sobre los demás miembros de la familia, aunque identificándolo con una sola esposa y con la descendencia de ellos dos. Haciendo notar que dicha autoridad no era un poder arbitrario, como sería el que se derivará del más fuerte, sino que de conformidad con un principio de creencias, asimilaba y enfrentaba diversas obligaciones, que de acuerdo con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la influencia del cristianismo y en si del concepto divino, misión trascendental del padre se expresa bellamente en la obligación de los padres de proteger e incluso amar a los hijos.

FAMILIA MONOGAMICA

La última etapa en la evolución de la familia, es la que actualmente existe. Este tipo de familia admite la exclusividad entre el hombre y la mujer, de tal suerte que éstos están unidos por único vínculo, que excluye a otros individuos de la misma especie.

1.1 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

"Patria potestad es el poder que tiene el paterfamilias sobre sus descendientes agnados (liberi), este poder lo ejerce hasta su muerte"²

La patria potestad, es la facultad que las leyes romanas concedían al paterfamilias sobre sus hijos, en varios aspectos, como se verá más adelante.

Para una mejor comprensión de los anteriores conceptos de patria potestad debemos explicar quien era el paterfamilias, y al respecto tenemos que es el nombre genérico de los jefes de cada familia civil en la antigua Roma. "Era el centro de las decisiones en el hogar (domus) y máximo jefe religioso de los que dependían su autoridad."³ El derecho romano lo definía como aquél

² PADILLA SATHUN, Gumesindo. Derecho Romano I, México. McGraw-Hill, 1996, p. 47.
³ JIMENEZ SANTIAGO IJANA, Sócrates. Diccionario de Derecho Romano, México, Sista, 1991, p 266.

varón sui iuris cualquiera que fuera su edad. El jefe de familia en los primeros siglos era un verdadero magistrado doméstico, tenía derechos rigurosos y absolutos sobre sus hijos, no importando la edad de ellos; es decir, los hijos estaban sometidos exclusivamente a la voluntad del paterfamilias.

El origen de la patria potestad se da en las organizaciones familiares en la antigüedad, ya que estas tenían un gran sustento en la religión motivo por el cual había diversas creencias, como que los dioses eran las almas de los antepasados y que de ellos emanaba la vida, la muerte, la salud, la enfermedad, las desgracias, las alegrías; y que se les tenía que venerar, rendir cultos, adorarlos, por tal razón la figura del padre fue alcanzando gran autoridad, debido a que era considerado el heredero del hogar, el continuador de los descendientes, y la raíz de los descendientes.

En la familia romana la agrupación era de tipo monogámico y patriarcal, se formaba por parientes agnados y cognados, por medio de esta forma de agrupación se adquiría estabilidad, duración y se facilitaba la transmisión hereditaria, este patriarcado tenía bases religiosas y económicas, y el jefe de la familia era a la vez sacerdote y juez legislador, se desenvolvía de una manera autónoma con un conjunto de poderes y derechos para el ejercicio de su autoridad y esto era la patria potestad, cabe mencionar que la mujer estaba excluida de desempeñar dicha patria potestad.

“La agnatio era el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de

cambiarla a su arbitrio."⁴ Ese parentesco civil unía a las personas que procedían de un mismo tronco masculino, es decir, de varón en varón. En esta relación también eran agnados los extraños incorporados a la familia en virtud de la adopción, ya que se consideraban agnados a todos los que estaban sometidos a la potestad del padre o que se hallarían si este no hubiera muerto o cautivo. Por tal razón eran agnados los hermanos nacidos del pater, los nietos nacidos de los hijos varones, así como los hijos y nietos adoptivos. La agnación como parentesco fundado sobre la autoridad paternal o marital sólo era reconocida en la línea masculina por el sistema jurídico familiar romano básicamente un régimen patriarcal.

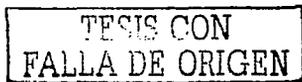
La cognatio era el parentesco que unía a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de sexo. Este es el parentesco natural o de la sangre, aceptado desde Justiniano y al que el pretor comenzó a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil. Así pues, entre los agnados y cognados hay la misma relación que entre el género y la especie; el agnado es también cognado, pero el cognado, no siempre es agnado, pues la agnación es civil y la cognación es natural.

"La base o máxima de la patria potestad, en Roma, era que el padre engendraba un hijo para sí y para el Estado un ciudadano."⁵

La patria potestad era una institución que tenía como fin el beneficio de un grupo familiar, dicho grupo era representado por el llamado paterfamilias, el

⁴ Ibidem, p. 33.

⁵ D' ANTONIO, Daniel Hugo, *Patria Potestad*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 31.



cual tenía que ser estrictamente varón ya que las mujeres no podían ejercer el cargo, además era el más anciano de los progenitores, porque el cargo era hasta su muerte, por ello la patria potestad se ejercía sobre hijos y nietos; es decir el paterfamilias, era aquel que tenía el señorío en su casa y se le designaba correctamente con ese nombre aunque no tuviera hijo, pues el término no sólo implicaba una relación de tipo personal, sino de posición de derecho.

En la patria potestad, los hijos y las hijas estaban sometidos a la hegemonía ilimitada del poderhabiente, la cual viene suavizada por el Derecho sacro y la costumbre, y en la época de Augusto, por limitaciones creadas por el mismo Derecho Privado. A este poder pleno están sometidos los hijos de familia, en tanto, en cuanto no se produzca un hecho extintivo de aquél, sin distinción de edades.

Se puede decir que la patria potestad tiene las fuentes siguientes:

a)-Por nacimiento.- Los hijos nacidos de justas nupcias que son los nacidos después de seis meses contados desde la celebración del matrimonio; así como los nacidos dentro de los diez meses contados a partir de la disolución del matrimonio.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio son sui iuris, porque la mujer no puede ejercer la patria potestad.

En este sentido tenemos la filiación, cuyos principales efectos eran dar lugar a la agnación un parentesco civil; crear una obligación recíproca de darse

alimentos y que para el hijo comprende además el beneficio de la educación; el infante debía y debe dar respeto a sus ascendientes; que el padre comunicará a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.

b) **Adoptio.**- Ésta se da cuando el paterfamilias adquiere de otro paterfamilias un hijo, no importando su sexo o edad. La adopción se realiza para los varones mediante tres ventas; por *mancipatio* al adoptante, que consistían en que en las dos primeras ventas el adquirente libera al hijo, pero a la tercera ya no porque se convertía en emancipado y por lo tanto en *sui iuris*, por eso es que el adoptante afirma ante el pretor en un juicio ficticio tener la patria potestad sobre el hijo adoptivo; en el caso de las hijas o nietos sólo bastaba una venta. Posteriormente la adopción se simplificó y sólo bastaba que los paterfamilias (natural y adoptivo) acudieran ante el juez competente.

Cuando se trata de una adopción se producen dos resultados: la extinción de la patria potestad del padre natural y la creación de una nueva potestas, mientras que en la adrogación sólo se pretende la creación de la patria potestas.

Formas de adopción. Según las Doce Tablas el padre perdía definitivamente su potestad cuando había mancipado tres veces a su hijo. Por tanto, para la adopción tenía que romper primero su patria potestas, lo que se lograba del siguiente modo: mancipaba su hijo bien al mismo adoptante, bien a un tercero, el adquirente lo manumite y el hijo recae de pleno derecho bajo la potestad de su padre; intervenía enseguida una segunda mancipación y una segunda manumisión con el mismo resultado; el padre hacía entonces una

tercera mancipación, pero el adquirente en vez de responder con una tercera manumisión que volvería al hijo sui iuris, lo remancipaba al padre; en adelante, la potestad del padre natural se extinguía y era reemplazada por aquella potestad que se llamaba mancipium. En esta situación el padre natural, el adoptante y el adoptado se presentaban ante el magistrado, el adoptante afirmaba que era suyo el hijo, el padre al ser interrogado calla y el magistrado por la adictio confirma la pretensión del adoptante. Se dice que esta adopción es imperio magistratus-por potestad del magistrado- y se había hecho aplicando la in iure cesio.

Con Justiniano las cosas eran más simples, bastaba que el padre natural declarara su voluntad ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado y que se hiciera constar en las actas públicas, para que la adopción fuera consumada.

Efectos de la adopción. En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba con que no se opusiera, pues seguía siendo alieni iuris-dependiente- sólo cambiaba de familia y tomaba el nombre del adoptante, perdiendo su parentesco civil o de agnación con su anterior familia, aunque conservando con ella su cualidad de cognado.

La adopción no era sin riesgos para el adoptado, pues perdía sus lazos de agnación con su antigua familia y con ello la esperanza de la sucesión, y si el padre adoptivo lo emancipaba después, perdía también esta sucesión, por lo que se dispuso que se le restituyeran sus bienes y en caso de muerte del adoptante, el adoptado tenía derecho a la cuarta Antonina, esto es, a recibir la cuarta parte de los bienes del padre adoptivo; además, si el adoptado al

llegar a la pubertad probaba que no le convenía la adopción, se consideraba justo que se le emancipará y que así recuperará su antigua condición

Justiniano decidió que cuando el adoptante era un extraneus, es decir, una persona que no era su ascendiente, continuaría la autoridad paterna, no saliendo de su primitiva familia el adoptado y adquiriendo tan sólo derecho a la sucesión ab intestato del adoptante. Si el adoptante es un ascendiente del adoptado que no tenía la patria potestas, como un ascendiente materno, como el abuelo paterno que había emancipado a su hijo y que adopta su nieto, en estos casos la adopción conserva sus antiguos efectos, pues un lazo de sangre que el pretor tomará en cuenta en la sucesión: en este caso se le designa como adoptio plena, la adoptio minus plena es cuando el adoptante es un extraneus.

"c) Adrogatio (adrogación).- La adrogación es designada así, porque el que se adroga es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga."⁶

En la adrogación podemos distinguir tres épocas. En la primera el colegio de los pontifices debía estudiar el proyecto de la adrogación, para ver si se llenaban los requisitos de edad, sino se trataba de una especulación pecuniaria y si efectivamente era necesaria para perpetuar a una familia. Después el proyecto es aprobado por los comicios por curias, ante los cuales se hacían tres preguntas o rogaciones: ¿Quiere tener al adrogado por iustus

BRAYO GONZALEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Primer Curso de Derecho Romano, Mexico: Porrúa, s.a.p, p. 147

filius?. La segunda al adrogado: ¿Consiente en que el adrogante adquiera sobre él la patria potestas?. La tercera rogatio se hacía al pueblo para ver si consagraba la voluntad de las partes.

En la segunda época los comicios por curias estaban representados por treinta lictores y era evidente que sólo la voluntad de los pontífices era la que decidía.

En la tercera, la voluntad del príncipe termina por imponerse y substituirá la de los pontífices. Este cambio se manifestó bajo Dioclesiano y se dice que la adrogación operaba por potestad del emperador.

La adrogación en un principio sólo podía ser hecha en Roma, donde se reunían los comicios por curias, siendo excluidos los impúberes y las mujeres. Posteriormente, Antonio el Piadoso permitió que se adrogara a los impúberos por rescripto, pero antes debía hacerse una cuidadosa investigación. Pero había otras garantías para el pupilo adrogado, ya que al llegar a la pubertad no le convenía la adrogación podía hacer gestiones ante el magistrado para romperla; si era emancipado sin motivo por el adrogante, éste debía devolverle su patrimonio, también tenía derecho a la cuarta parte de la sucesión del adrogante.

Los efectos de la adrogación eran los siguientes: el adrogado cae bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido ex iustus nuptiis. también pasan a la nueva familia sus descendientes y todos ellos perdían los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante; los bienes del adrogado

pasan a poder del adrogante; posteriormente Justiniano dispuso que sólo tuviera el usufructo de ellos, quedando en nuda propiedad para el adrogado. La adrogación no altera el derecho de origen a efectos de desempeñar los cargos y de participar en las cargas municipales, pero el adrogado queda obligado además a las cargas del municipio del adrogante. Si más tarde era emancipado, no sólo dejaba de ser su hijo del adrogante, sino también ciudadano de aquella ciudad.

REGLAS GENERALES A LA ADOPCIÓN Y A LA ADROGACIÓN.- Hemos indicado que el adrogado debe consentir en su adrogación; el consentimiento del adoptado en un principio no era necesario y después bastó con que no se opusiera. El adrogante debía tener sesenta años, edad a partir de la cual las leyes caducarias consideran que el hombre ha perdido la aptitud para la reproducción, que no tenga hijos nacidos *ex iustis nuptiis*, ni hijos de una precedente adrogación; no solamente el que adopta, sino también el que adroga, debe ser mayor que aquél al que hace hijo suyo y llevarle el tiempo de la plena pubertad, esto es, dieciocho años, como consecuencia de la regla *adoptio imitatur naturam*. Tanto para adrogar como para adoptar, es necesario tener la capacidad para obtener la patria potestas, de donde serán incapaces los esclavos, los hijos de familia y las mujeres; sin embargo, Dioclesiano permitió que una madre pudiera adoptar en virtud de haber perdido a sus hijos.

"d) Arrogación.- Modo de adopción entre los romanos en virtud del cual un jefe de familia (*sui iuris*) con todos sus bienes y personas que le estaban sometidas, pasaban al poder de otro. El arrogado, ya no figuraba por este hecho en el censo como padre de familias sino como un hijo; perdía también

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sus dioses domésticos y entraba a participar a la religión de la nueva familia."⁷

e) Legitimación.- Ésta tuvo lugar en la época posclásica, ya que en la época clásica sólo existía la patria potestad de las tres formas anteriores. Por medio de la legitimación los hijos habidos por concubinas pasan a la potestad de su padre y podía darse de tres diferentes formas: la primera es por el matrimonio subsecuente del padre con la concubina; otra es que el padre se comprometía a que el hijo se hiciera decurión, es decir, recaudador de impuestos y el padre se hacía cargo del déficit que se llegase a dar y respondía con su patrimonio, motivo por el cual esto no fue muy frecuente; y la última forma de legitimación es cuando no hay hijos legítimos y el matrimonio con la concubina es imposible.

CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAS

De acuerdo al autor Raúl Lemus García, la patria potestad tenía como efecto una serie de derechos y facultades ilimitadas del paterfamilias sobre sus hijos y los bienes de estos, los cuales fueron cambiando. En el Derecho Romano existen dos periodos importantes en la patria potestad que son:

A.- Derecho Antiguo.

- a) Podía abandonarlos.
- b) Podía venderlos.

⁷ JIMÉNEZ SANTIAGO TIANA, Sócrates, Diccionario de Derecho Romano. Op. Cit. P. 4.

c) El hijo de familia para casarse, requería el consentimiento del paterfamilias, el cual podía romper el matrimonio de su hijo mediante el divorcio.

B.- Derecho Clásico y del Bajo Imperio, en éstos periodos se acentuaron la tendencia a limitar los derechos poderes del paterfamilias tanto sobre la persona como sobre los bienes del hijo de familia:

- a) Suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- b) Limitó el derecho a romper el matrimonio de sus hijos mediante divorcio.
- c) Se limitó el derecho a vender a sus hijos a casos de extrema miseria y necesidad.
- d) Se prohibió abandonar a sus hijos.
- e) Al hijo se le facultó para reclamar alimentos al paterfamilias.
- f) Se reconoció, el derecho al hijo, de quejarse judicialmente, en contra del paterfamilias

La patria potestad concede al paterfamilias, una plenitud de poderes que en Derecho Antiguo, resulta suavizada por las costumbres, además. Como ya se expreso por el Derecho sacro, cuya observancia mantiene el cuidado vigilante del censor.

El paterfamilias ejercía poderes como ejecutar penas sumamente estrictas, tenía poder de vida y la muerte, podía vender o maltratar a terceros, darlos en naxas y abandonarlos, ya que tenían la facultad de poder renunciar a la patria potestad, asimismo tenía poder sobre los bienes que obtenía el alieni

iuris, por lo que estos últimos carecían de bienes propios. En este orden de ideas, ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos de la familia.

"Los poderes que ejercía el paterfamilias en su familia eran análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes de los hijos."⁸

Luego entonces, vista a la patria potestad en su primitiva sencillez, se puede resumir en tres posiciones: el jefe de familia era el jefe del culto doméstico; los hijos de familia eran incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, ya todo lo que ellos adquirían era adquirido por el paterfamilias; la persona física de los sujetos a esta potestad estaba a la disposición absoluta del paterfamilias, hasta que hicieron su aparición los peculios, que eran el conjunto de bienes pertenecientes a los hijos.

Visto lo anterior, era indudable que la potestad paterna no podía encontrarse en el derecho de gentes como clasificación, puesto que estaba organizada en interés del padre, más no del hijo.

En la sociedad romana, como en la griega, la patria potestad era absoluta y despótica y como consecuencia tenía las siguientes características:

- a) La patria potestad estaba integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe sin limitación.

⁸ Pl 111. Eugene Tratado Elemental de Derecho Romano. Tratado Elemental mano, Traducción de Manuel Rodríguez Carrasco. México, Cárdenas, 1980, p. 80.

- b) Al ser el padre el jefe del estado familiar sólo en él podía darse una situación conjunta.
- c) La patria potestad en un principio era vitalicia y sólo desaparecía por la muerte o por un acto de gracia del jefe de familia.
- d) La concentración del poder suponía también la concentración de los ingresos.

Por lo anterior, "el pater, era el juez de la morada romana, y si no establecía la concordia debía acusarse a sí mismo, por no haber sabido conservar su autoridad manteniendo desde el principio la autoridad moral necesaria."⁹

Esa autoridad no era sólo un derecho, sino un deber, una función en interés propio de sus subordinados y del Estado. Implica además de la tutela sobre los familiares su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio.

Su autoridad respondía al desempeño de una función confiada por el Estado, que le exigía responsabilidad. Si tenía poder ilimitado sobre los individuos de la familia era para ilustrarlos, mantenerlos en las vías de la disciplina y el orden. Hasta las faltas de ellos recaían sobre él como graves acusaciones, porque revelaban que no había sabido mantener la disciplina doméstica y sólo si castigaba rigurosamente al culpable podía eximirse de la complicidad. Pero ese castigo debía ser un acto de justicia arrancado al corazón del padre, y no malos tratos nacidos de la cólera momentánea, que lo colocaban en mala situación, ante el pueblo. Así pues, se decía que la dura corteza del

⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III. México, Porrúa, p. 515.

poder paternal tenía por finalidad proteger las relaciones más íntimas y delicadas de la vida moral de la familia y hacer de la casa un dominio aislado del mundo exterior.

"Por lo que se refiere a las formas que ponen fin a la patria potestad éstas se pueden diferenciar en dos, que son los acontecimientos fortuitos y los acontecimientos solemnes, los cuales dependían de la voluntad del jefe de familia."¹⁰

ACONTECIMIENTOS FORTUITOS

1.- La muerte del jefe de familia, su reducción a la esclavitud y la pérdida del derecho a la ciudadanía, en estos casos los hijos se hacen sui iuris y los nietos quedaban bajo la patria potestad de su padre. En el caso de que el jefe de familia estuviera cautivo, la suerte de los hijos queda en suspenso y por medio del jus postlimini, se le admite y no cesan los derechos que tienen sobre los hijos y los bienes, pero los jurisperitos decidieron que desde el día en que quedaron en cautiverio los hijos se convierten en sui iuris, toda vez que hubo casos en que el jefe de familia moría en cautiverio.

2.- La muerte del hijo alieni iuris, su caída en la esclavitud y la pérdida del derecho a la ciudadanía, en caso de que sea hecho cautivo y vuelve, se dice que la patria potestad nunca ha sido interrumpida, pero si murió estando cautivo, la patria potestad se interrumpe desde que quedó cautivo.

BRAVO GONZALEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Primer Curso de Derecho Romano*, Op. Cit. P.155.

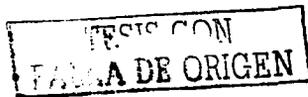
3.- De la elevación del hijo de familia a ciertas dignidades, en el derecho antiguo los únicos que escapaban de la patria potestad son los hijos hechos sacerdotes de Júpiter y la hija vestal, y bajo Justiniano los hijos de familia nombrados patricios, cónsul, obispo, prefecto del pretorio o cuestor del palacio, tenían los mismos efectos en relación con la patria potestad, aunque conservaran sus derechos de agnación.

4.- Cuando la hija caía in manu, también se extinguía la patria potestad.

ACTOS SOLEMNES

1.- La patria potestad se extinguía porque un ascendiente entregaba en adopción al hijo de su hijo; esta era la forma de extinguir la potestad del padre.

2.- La emancipación fue otra forma de extinción y consistía en la combinación de la manumisión y de la emancipación. Sus efectos consistían en que el emancipado se convertía en sui iuris, conservando sus derechos anexos a la cognación, aunque no los de agnación. En esta según el pretor le conserva al hijo los derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos. Si se le dejaba manejar el peculio de su descendiente, se le tenía como de su propiedad.



1.3 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMÁNICO

En el derecho germánico el padre tenía "la munt" sobre el hijo, que significa en un derecho y un deber de protección. Fue un término aparentemente más evolucionado que el utilizado en Roma y que era el de paterfamilias.

Ahora bien, aunque efectivamente la figura de "munt" era traducida a la concepción de un sentido de deber de protección, en el entendimiento de atender más a la naturaleza de las cosas y al deber que incumbe a los dos cónyuges, esto es, a la educación y dirección de los hijos, no deja de tener rasgos que se hallaban en la sociedad romana, ya que en la sociedad germánica subsiste el poder del padre sobre la persona del hijo, teniendo sobre éste, como el de exponerlo inmediatamente después del nacimiento incluso en este renglón, se era tan rígido, que había que ver que el padre que no habiendo recibido en sus brazos al hijo recién nacido, podía rechazarlo y aún condenarlo a morir sin intervención de la ley. Había otro tipo de situación, también observada como delicado y consistía en que el padre poseía otras facultades contrarias a lo justo y obvio, como era el de castigar a su arbitrio al menor hijo, el de venderlo, aunque en este supuesto se contemplaba la posibilidad de que podía ser por causa de necesidad o por pena. También se podía disponer del matrimonio del hijo, eligiendo su religión: el de representarlo en juicio, aún más, los padres tenían sobre sus hijos un derecho de corrección y coacción hasta el extremo que la ley les autoriza, si así fuese necesario, reclamar el auxilio de la fuerza pública. Para abundar en lo anterior tenemos que el Código de Soleure disponía que cierta autoridad llamada "Bayle Superior", podía detener a los hijos a petición del padre por un plazo que no excediere cuatro meses, y además prohibía por dos años la

visita a lugares como tabernas o casa de bebidas. Sobre el mismo caso, el Código de Zurich facultaba a los padres a buscar al hijo que había escapado de la casa o bien para ejercer su poder disciplinario u obtener obediencia debida, con el apoyo oficial; esto es, a través de la autoridad gubernativa; a la concesión de tal facultad, debía estarse a los límites razonables y previo examen por la citada autoridad, de las circunstancias que hubieran dado lugar a dicha reclamación.

En cuanto al aspecto patrimonial, o sea, a los bienes de los hijos se les reconocía a éstos capacidad patrimonial; pero el padre como señor del munt sobre el hijo, también tenía la potestad sobre el patrimonio de éste tomando dicho patrimonio en su gewere, o sea, en su administración y aprovechamiento. La principal obligación al salir del hijo de la potestad al mismo, consistía en entregar sus bienes y darle cuentas de las rentas y frutos, aunque hubiera terminado su derecho de usufructo antes de cesar la administración.

En tiempos más antiguos, era tradicional que el padre estuviera legalmente obligado a dar al hijo que se establecía, y sobre todo, a la hija que se casaba un *ausstattung*, consistente en una determinada cantidad de sus propios bienes, la cual se hacía de manera irrevocable y no estaba sujeto a devolución a su fallecimiento y de ordinario tenía el carácter de una compensación, en cuyo caso el hijo perdía el derecho a la sucesión del padre.

En el ámbito judicial y un poco más actual a nuestra época, el sistema jurídico germánico dejaba de observar algo sobresaliente para nuestro

estudio; pues enfocando su importancia a la base que el derecho natural dio a la patria potestad, en el caso desafortunado e inevitable del divorcio, el Tribunal Sentenciador determina a quien de los padres correspondía la guarda y educación de los hijos.

La regla más común era la de confiárselos a la madre en los primeros años, aproximadamente hasta los seis años y después de esta edad al padre, aunque tal regla no era absoluta, pues los jueces atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, y protegiendo el interés bien entendido de los hijos, resolvían lo que creían más justo. Otro punto que se observaba en dicho sistema, consistía en que cualquier estado y época el padre que se veía privado de sus hijos, tenía el derecho de visitarlos en ciertas ocasiones..

"Esta patria potestad no era vitalicia y terminaba cuando el hijo crecía y empezaba una vida económica independiente, en este derecho existía una potestad materna oculta mientras vivía el padre, pero se hacía valer después de la muerte del mismo. Respecto a la hija, esta sale de ésta patria potestad cuando se casa."¹¹

1.4 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para dar inicio al estudio de la patria potestad en este país, tomaremos en cuenta la etapa de la España Goda, recordando que en la cultura germana de los Godos se les localizaba en dos formas: los occidentales, llamados visigodos, quienes en el año 415 después de Cristo, trataron de asentar su

¹¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 4ª edición, México, Porrúa, 1980, p.669.

reino en España, hasta que posteriormente, con Eurico al frente, lograron que la Corte visigoda residiera en Toledo, España.

La institución familiar en esta etapa se encuentra formada principalmente por la base romana, el influjo y la modificación nacida de las costumbres germanas y la doctrina canónica. La Ley de los visigodos junto con la Ley Ripuariorum y la Ley de los Sajones, formaron las Leyes de los Bárbaros, uno de los cuerpos legales más antiguos de Europa.

En la España Goda, la patria potestad, se observaba más racional y humana, respecto a la primera etapa del Derecho Romano; así tenemos que mediante el Concilio III de Toledo, se dictó una ley por la cual se establecía la pena de muerte contra los padres que privarían de la vida a sus hijos. es decir, se protegía al máximo al ser humano, especialmente su vida, observándose de igual manera que no podían humillar a los hijos con situaciones que anteriormente existían, como era el hecho de venderlos y empeñarlos; por otra parte, en cuanto a los derechos que tenían los padres sobre sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, están entre otros, los siguientes: tenían el derecho de corrección o de castigo, podían oponerse al matrimonio de sus hijos, castigando severamente a aquellos que se casaran con persona distinta de la aceptada por el padre; y aún más, al contraer el matrimonio a que se oponían los padres, era justa causa para desheredarlo.

Respecto a la madre, según señalan las leyes mencionadas, debían de tener a los hijos menores en guarda, siempre y cuando ocurrieran las siguientes causas y condiciones: que muriese el padre, que la madre así lo deseara,

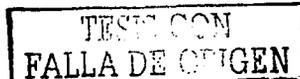
conservar en custodia a sus menores hijos y que no contrajera nuevas nupcias.

En cuanto al aspecto patrimonial de los hijos, el padre tenía la posición de administrador legal de los bienes de sus hijos, pero sin la facultad para enajenarlos. Por su parte el hijo, una vez alcanzada la edad de veinte años, podía reclamar la mitad de la herencia materna (parafernales), y si contraía matrimonio, podía pedir hasta las dos terceras partes de esa herencia, conservando el resto el padre como recompensa de sus cuidados y como símbolo de su poder. Respecto del peculio adventicio, el padre tenía la obligación de hacer inventario y tomando en cuenta las bases romanas.

En cuanto a las cusas que extinguían la patria potestad, no se registran ni la edad ni el matrimonio del hijo, sólo podía vislumbrarse la muerte o delito del padre, si era éste de tal manera que hubiere que imponerle como pena la pérdida de los derechos de la patria potestad.

La familia en la etapa de reconquista, se distinguía porque dicha familia española había sido desplazada alarmantemente por la invasión de la estructura familiar musulmana y se trataba de restaurar la nacionalidad española, que bajo el imperio visigodo se había convertido en el foro cultural del occidente europeo.

Es precisamente a la brillantez de tal espíritu, a la dignidad de clase, al poder feudal de cada noble, pero sobre todo al romanticismo de la época, los elementos fundamentales que contribuyeron a enaltecer la condición de la mujer y a delegar en ella los honores y derechos de su marido (en sus



frecuentes ausencias), a elevar su consideración y autoridad en la familia hasta otorgarle la jefatura de sus hijos y vasallos, lo que acontecía con mayor frecuencia, cuando sobrevenía la muerte de su cónyuge.

La fundamentación de lo anteriormente relatado, se da con la aparición del fuero juzgo, que es la ley básica de la reconquista y que tuvo precisamente su origen en el *liber iudiciorum*, ley aplicable a Godos y Romanos, en la cual el poder otorgado a la madre, que más que carácter de patria potestad, tenía el carácter de guarda, alcanza ya en diversos fueros, la condición de poder paterno otorgado a ambos cónyuges, es decir, a manera de apreciar lo ordenado por el Fuero Juzgo, en cuanto a la tendencia de la patria potestad sea ejercitada por los cónyuges, reduce considerablemente sus derechos y aumenta la personalidad del hijo de familia, conservando mínimas diferencias con las instituciones de otros fueros municipales que caían el llamado sistema foral. En el renglón relativo a la posición de la madre, podemos concluir diciendo que el mismo Fuero Juzgo considera a la madre como titular legítima preferente indiscutible de sus hijos, por encima de los demás parientes y en forma por demás contradictoria, no se le otorga la patria potestad, sino una especie de tutela.

En cuanto a los hijos, como quedo expresado, se observa su dignificación, hasta el punto de que cumplidos los veinte años, fuera para ellos obligatorio el servicio de la milicia, por cuya virtud resultaban casi emancipados, figurando incluso como compañero de armas, de su propio padre; y es precisamente la emancipación legal del matrimonio del hijo, la única causa para salir de la esfera de la patria potestad del padre y de la tutela legítima de la madre.

Los fueros municipales ordenaban que no obstante la patria potestad a la que estaban sometidos los hijos, podían nombrar un tutor, cuando los padres fueran de mala vida, no cuidarán su persona, ni la educación de ellos, o bien, dilapidaran su fortuna; la tutela conferida cesaba por el cumplimiento de los doce años del sometido a ella.

Sin embargo, en esta etapa sufre una alteración la patria potestad, con el antagonismo de doctrinas o tendencias legislativas, como la del derecho romano y la nacional o del derecho canónico, ya que el Estado Visigodo constituía el ideal de los cristianos españoles en la reconquista, por lo que el resultado fue la aparición y formación de las Partidas bajo el reinado de Felipe el Sabio, cuyas tendencias eran las de debilitar, más que fortalecer, el espíritu de igualdad en la relación conyugal, que ofrecen las legislaciones forales anteriores, sustituyendo la función natural de la familia, esto es, el padre y la madre podían ejercer, sustituyendo por aquel patriarcado que otorga la patria potestad, al ascendiente superior, reglamentándola por causas diferentes como la legitimación y la adopción, y tal vez otra variedad de la misma especie admitida en Roma.

En tercer término podemos hablar de la familia castellana y la función de la patria potestad, en la etapa comprendida desde los Reyes Católicos hasta después de la publicación de la Novísima Recopilación, es precisamente en esta etapa que con las Leyes del Toro, en donde toca restituir la estructura familiar castellana bastante alterada a la etapa anterior, por lo que la patria potestad vuelve a su genuino sentido anterior, destruyendo aquella especie de patriarcado civil, de origen romano.

Existe en la presente etapa y con la legislación que regula en cantidad mayor el tema de la capacidad civil de la mujer casada, lo que es muy importante, debido a que se dan novedades en la condición y derechos de la prole ilegítima, inspirándose en las Leyes del Toro, en donde se defiende los escasos derechos que tenían los hijos ilegítimos, quienes sufrían con rigor las consecuencias de un origen del cual ellos no deben ser responsables.

Asimismo se ofrece en la Novísima Recopilación la reglamentación en materia del consentimiento del padre o de otras personas para el matrimonio de los hijos y menores. Llegando la última, al extremo de considerar estos asuntos familiares, materia apropiada para la intervención de ciertas autoridades, mediante el recurso de alzada que los interesados interpusieran ante ellos de la negativa del consentimiento de las personas llamadas a prestarle tal autorización.

Por último en esta etapa, se modifica fundamentalmente la organización de la familia, en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad de los ascendientes, se reduce el poder al padre únicamente, dejándose entrever que desde el momento en que se hace del matrimonio de los hijos causa de emancipación legal, pierde el padre derechos que anteriormente a las modificaciones legislativas tenía como era el caso de que aún casándose el hijo no salía de la esfera del poder del ascendiente, en la presente etapa, ya se observaba que con tal situación el hijo o los hijos adquirieren, por ejemplo, el usufructo de los bienes adventicios.

La Ley del Matrimonio Civil vino a corregir algunos de los fundamentales errores que contenían las anteriores legislaciones, como por ejemplo la desairada situación que guardaba el cónyuge cuando a la muerte del otro, y en el orden del derecho natural, debía corresponder la aceptación total de sus derechos, como eran entre otros, el pleno ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos o el derecho a la herencia del de cujus; tenía la amargura de soportar respectivamente al caso, la intervención de un extraño que hubiere sido nombrado tutor para sus hijos o que hasta los parientes del décimo grado se presentarán a reclamar la sucesión del autor de la herencia, o cónyuge fallecido.

Por lo que se recibió en forma reivindicatoria al derecho justo, las novedades que trajo consigo la referida ley, que en lo referente a la aplicación familiar destacaba lo siguiente: las dos formas de matrimonio el canónico y el civil; otorga la patria potestad a la madre en defecto del padre y con ella todos los derechos, provechos y funciones de protección, observándose en este aspecto, que la función de la patria potestad, es un derecho que correspondía a ambos cónyuges, aunque la preferencia para la representación de ella pueda y debe corresponder al padre en ciertos casos; modifica el concepto de los hijos naturales, y por lo tanto, se extiende la acción de la patria potestad a los llamados hijos naturales; ampara la autoridad de los padres con el concurso del poder público para la detención y reclusión de los hijos en establecimientos destinados para tal efecto; niega la patria potestad, por regla general, a la madre, cuando contrae segundas nupcias; hace desaparecer las instituciones de tutela y curatela, unificándose bajo el nombre de tutela, lo mismo por razón de menor de edad que de incapacidad e introduce nuevas instituciones como el Consejo de Familia, la protuela y el

Registro de Tutelas; sanciona los derechos del cónyuge viudo; reglamenta la ausencia; prohíbe la investigación de la paternidad; por regla general, legisla con mayor extensión acerca de los principios de la deuda alimenticia; reforma el tipo legal de la mayoría de edad; deroga el beneficio de "restitutio in integrum" que los menores, incapacitados y personas jurídicas gozaban según el derecho anterior.

Por último, nos referiremos a la regulación de la patria potestad en la familia foral en otros territorios de España que no estaban regidos por la legislación de Castilla; y así tenemos en primer término a la Familia de Aragón que en su legislación, siendo la más completa entre todas las forales, sirviendo de guía a otras como la de Navarra y la de Vizcaya.

En la estructura familiar Aragonesa, se puso fuera el alcance y sentido de la patria potestad romana y se consagró la natural, y con esto, el poder paterno tiene sólo un carácter tutelar y de protección de los hijos, por lo que se observa que la natural en contraposición de la civil, rechaza el derecho que tiene el padre por un deber implícito y por lo tanto justo que debe tener el padre; se empieza a dar la relación natural motivada por razones innatas de simpatía y moral entre padres e hijos, en cuanto a la reciprocidad de darse alimentos, de igual manera regido por un sentido de igualdad los padres tenían la obligación de dotar a las hijas y de donar por razón de su matrimonio a todos y cada uno de los hijos.

Por otra parte, se observa que contrario a lo que sucedía en la legislación de Castilla en su Ley de Matrimonio Civil, el derecho aragonés no otorgó a la madre, ni subsidiariamente siquiera, la patria potestad, reconociéndole

únicamente algunos derechos como el de tener a los hijos en su compañía mientras se conservare viuda; tiene la obligación de alimentar a los hijos, de dar dote a las hijas, salvo excepción hecha, cuando se casaren en contra de su voluntad podían dar el consentimiento a los menores de veinte años para celebrar contrato y ciertos actos de enajenación y aprobación de cuentas de tutela, aunque en este aspecto los hijos que adquiriesen bienes por cuenta propia y por tanto les correspondían, no necesitaban licencia del padre y mucho menos de la madre, dada su situación en esta legislación de Aragón, para contratar sobre dichos bienes. Por su parte el padre moralmente se sentía robustecido en su poder, en el hecho de tener libertad de testar a uno de los hijos preferidos sobre los demás.

En Cataluña, las instituciones familiares observaban que sus fuentes son las del derecho romano y canónico; las relaciones conyugales no están inspiradas en aquel criterio de igualdad y de reciprocidad de derechos que se manifiestan en la legislación aragonesa; es superior en el matrimonio la condición del marido respecto a los derechos patrimoniales en la familia; en cuanto al criterio legal aplicable a la materia de la patria potestad, prole ilegítima, filiación legítima, legitimación, adopción, tutela y curatela son novedades del derecho catalán, como los del nombramiento de tutor testamentario, recurso extraordinario a los menores de edad y personas jurídicas. Se nota el predominio de la influencia de las disposiciones canónicas, hoy en día derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la referencia que dan en la familia, en Mallorca, es poca, destacando al matrimonio como causa de una emancipación legal, con dos marcadas excepciones que significaban restricciones para la emancipación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

voluntaria que son: en caso de que el marido, siendo menor de dieciocho años, para la ejecución de cualquier clase de contratos tiene que obtener la autorización de su padre, y en su defecto, de su madre, y a falta de ambos, del Juez del lugar, sin cuyos requisitos serán (los contratos) nulos; y la otra restricción era en garantía de los acreedores del padre.

Los menores, las villas, parroquias y la Universidad gozan del beneficio del *restitutio in integrum*.

Respecto al fuero de Navarra, donde el origen de su derecho y el desenvolvimiento de este, se ve influido predominantemente por el aragonés, aunque con ciertos elementos de la legislación de castellana, del derecho romano y también el catalán. Sin embargo, en el estudio que nos ocupa observamos que en las Leyes de Navarra no contemplan la patria potestad civil, sino que adoptan la corriente germánica, en el sentido de que en todo el poder de dirección o protección sobre los hijos y menores le dan el nombre de tutela, destacando la del padre, con el carácter de legítima únicamente. Abundando a lo anterior, sancionaban asimismo, la tutela y la curatela para los menores, y la última también para los incapacitados.

La tutela es común tanto al padre como a la madre, toda vez que la ley llama a los demás parientes, en defecto de ambos. El ejercicio de la tutela legítima alcanzaba al hijo primeramente hasta los siete años, elevándose después a los doce y catorce años, según fuera hembra o varón.

Por último tenemos el territorio de Vizcaya, en el cual se contempla, que las relaciones civiles de los padres con los hijos, llevadas a cabo bajo la idea de

tutela, como en la reglamentación de Navarra, en donde el sentido de igualdad con que el fuero se refiere a la madre, lo mismo que al padre para atribuirles la calidad de tutores y administradores legales de los hijos. Confirma este sentido de igual consideración para el padre como para la madre, el precepto que manda sustituir los tutores nombrados por ambos para sus hijos, con los designados judicialmente, que han de ser dos, correspondientes el uno a parientes de la línea paterna y el otro a los de línea materna.

La Ley del Fuero Vizcaíno dispone que los dieciocho años, puede el menor dejar la curatela y ganar la calidad de ser sui iuris, practicando para ello ante el Juez la oportuna justificación de ser aquella edad tan sagaz y diligente que puede regirse a sí mismo.

1.5 EVOLUCIÓN

Algunos autores señalan que en las legislaciones de derecho escrito con antecedente romano, la patria potestad tiene un carácter favorable al padre. En cambio, en aquellas legislaciones de derecho consuetudinario, ella se funda en el interés de quienes le están sometidos. Asimismo agregan que repudiando igualmente los principios de derecho escrito como aquellos del consuetudinario, el derecho intermedio no deja a los padres más que una sombra de autoridad sobre sus hijos menores y les retira toda especie de potestad sobre aquellos que han adquirido la mayoría de edad.

En este sentido tenemos que el Derecho Francés, es el que revoluciona la patria potestad, debido a que la patria potestad no existía, sino en interés del

hijo, no el del padre, y estaba reducida tanto en su duración como en sus atributos; así pues, tenemos que le correspondía ejercerla, y jamás a los abuelos.

Al dictarse el Código de Napoleón, la recepción del Derecho Romano sólo alcanzaba hasta el Medio Día Francés, o sea, la región Sur; en el resto del país se aplicaba el Derecho Costumbrista.

La educación es un deber que impone la patria potestad, en este Derecho; los padres tienen el derecho de aplicar correctivos, sin embargo, en el antiguo derecho francés, el padre podía encarcelar sin mediar explicación alguna, pero los abusos llegaron al grado que los parlamentos, apoyados por el Rey, reaccionaron. Así, mediante un decreto que reglamento, el Parlamento de París decidió el nueve de marzo de mil seiscientos setenta y tres, que el padre no podía hacer encarcelar a un hijo mayor de veinticinco años, sin una carta sellada y expedida por el Rey, quien ejercía así su control.

1.6 EPOCA CONTEMPORÁNEA

La historia de todos los pueblos tomaron aunque con diversas variantes la antigua forma de poder absoluto de la patria potestad, pero con el transcurso del tiempo se dio un debilitamiento de dicho poder, como lo es, que sea compartido por la madre, la intervención e influencia del Estado a pesar de que la vida familiar es de los ámbitos más privados e íntimos del ser humano, estableciéndose que el padre ya no sólo tiene derechos sino también obligaciones, dándose licitud en las relaciones entre los miembros de la

familia, convirtiéndose con ello la patria potestad, en una de las instituciones más protegidas por las legislaciones.

Entre las causas determinantes de esta transformación, se ha destacado la disgregación de la vida familiar, motivada por la facilidad en las comunicaciones, el urbanismo, la industrialización y el trabajo creciente de los menores; el progreso de la inmortalidad, que ha debilitado la autoridad paterna, tomándola, en ocasiones, más bien nociva que útil.

La concepción actual de la patria potestad no evidencia diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, existiendo uniformidad en lo que hace a reconocerle su esencial característica de conformar un complejo funcional de derechos y deberes dirigidos a lograr la formación integral del hijo, por lo que en este sentido, no se aprecian legislaciones contrapuestas.

1.7 EVOLUCIÓN EN MÉXICO

Los legisladores mexicanos se basaron para la elaboración de los diversos ordenamientos civiles en las legislaciones francesa y española, entre otras, estas fueron las principales fuentes inmediatas que dieron origen al Código Civil.

Siguiendo nuestro tópico, diremos que se le dio preferencia al aspecto patrimonial, haciendo que predominara más que el interés del menor.

El antecedente más remoto en nuestro Derecho en cuanto a la protección y cuidado del menor, lo encontramos en el proyecto del código civil, que en el

año de 1859 elaboró el Licenciado Don Justo Sierra, a encargo del entonces Presidente Benito Juárez, proyecto que fue publicado y aprobado en 1861 inspirado en el proyecto del Código Civil de 1870; Código que a su vez reconoce como principales fuentes de inspiración al Código Francés, al Portugués, al Proyecto de García Gayona, y en menor intensidad a las legislaciones de Cerdeña, Austria y Holanda.

En este Código, se consideró la protección del menor teniendo como fuentes generales al igual que en otros derechos, a la patria potestad y a la tutela, estas fueron reglamentadas en este Código, en el cual se procura proteger la persona del menor, pero esas disposiciones no fueron específicas, ya que no alcanzaron las finalidades de protección y defensa.

Se trató el tema de la persona del menor en algunos preceptos referentes a la tutela y a la patria potestad. En el caso de la tutela, se decía que el objeto de la misma era, la guarda y protección de la persona y de los bienes que no estaban sometidos a la patria potestad y que eran incapaces para gobernar su persona y administrar sus bienes.

En cuanto a la patria potestad, se mencionaba que se ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, por esto la patria potestad recae sobre el ascendiente designado por la ley.

Los fundamentos sobre los que reposa la institución de la patria potestad son la incapacidad de los hijos para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes durante ciertos años de su vida.

De manera que la patria potestad, impone a los padres y ascendientes, el deber de cuidado y protección de los hijos y de sus bienes.

Se reconoció, desde luego, la obligación del que ejercía la patria potestad de educar al menor convenientemente y se le otorgó la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente, debiendo los hijos permanecer en la casa de quien ejercía la patria potestad y no podían abandonarla sin permiso o por decreto de autoridad competente.

Las deficiencias que tuvo éste Código en lo que respecta al tema que nos ocupa, fueron subsanadas por otras leyes que se expidieron posteriormente.

En el Código Civil de 1884, el cual fue promulgado por el General Manuel González, el aspecto de la protección del menor se reglamentó en la misma forma que en el ordenamiento de 1870, pero con algunas variantes en lo referente a la tutela legítima, ya que hubo un agregado al artículo 547 del Código de 1870, y que consistió en la facultad que se le otorgó al menor que hubiese cumplido los catorce años para designar a su tutor legítimo.

Los Códigos antes mencionados, establecen que los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás descendientes, los que sean menores de edad y no estén emancipados, deben estar sujetos a la patria potestad mientras exista alguno de sus ascendientes a quienes corresponde ejercerla, siendo estos el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La patria potestad, disponen estos Códigos, se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación conveniente de los menores. El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; la patria potestad que impone el derecho de educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. "Siempre seguirá siendo el arte de las artes educar a un niño, ya que el niño, será lo que sus padres le ayuden a ser".¹² Si los padres tienen la obligación de velar porque sus hijos se instruyan, tiene el derecho y el deber de educarlos. La educación y la instrucción, nos explica Mazeaud, están ligados íntima y necesariamente "la persona encargada de la instrucción de niño tendrá un papel decisivo sobre su educación".

La patria potestad en estos Códigos, se acaba por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la emancipación o por la mayoría de edad del hijo.

La Ley de Relaciones Familiares expedida por Don Venustiano Carranza el nueve de abril de mil novecientos diecisiete, trató al igual que el ordenamiento de 1884 lo referente a la persona del menor, pero con las siguientes variantes:

En cuanto a la patria potestad, aducía que la misma no tenía ya por objeto beneficiar al que la ejercía y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se creyó conveniente establecer que se ejerciera

¹² IBARROLA, Antonio De. Derecho de Familia. 4ª edición, México, Porrúa, 1993, p. 363..

conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de estos, por abuelo y abuela, pues ningún motivo había para excluir de ella a la madre quien, por razones naturales, se había sacrificado.

CAPITULO SEGUNDO

PATRIA POTESTAD

Al tratar el tema de la patria potestad se ponen de manifiesto aspectos que, por su trascendencia, merecen ser puestos de relieve de manera previa a toda consideración.

En primer lugar cabe recordar que se ha de transitar la faz jurídica de una institución natural, calidad que vendrá a influir decididamente sobre los alcances conceptuales y sobre las definiciones a que se arribe.

Esta esencia natural de la patria potestad lleva a apreciar constantemente que la responsabilidad que recae sobre el padre con relación a su hijo pertenece a la normatividad de carácter permanente y necesario que regula al hombre por su propia dimensión de criatura racional. Siendo ello así, al traducirla, el derecho positivo no puede alterarla ni mucho menos suprimirla, correspondiéndole en cambio la delicada labor de concretarla de la manera más precisa y eficaz.

“Debemos destacar que la patria potestad como institución, se encuentra orientada primordialmente al resguardo del hijo, y ampliado al campo de su vigencia por la comprensión de los hijos extramatrimoniales, lo cual aparece como uno de los elementos concurrentes en la función de protección a la minoridad; y acompañada de otras instituciones jurídicas tales como la tutela,

la adopción y sobre todo la guarda, constituye un instrumento de la tarea protectora de la minoridad, si bien notoriamente diferente de las restantes en cuanto origen, naturaleza jurídica, vinculaciones que produce y alcances de la intervención estatal al respecto.¹³

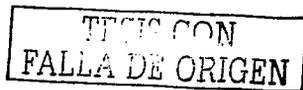
2.1 CONCEPTO

La patria potestad toma su origen en la filiación. Es una institución establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente establecida la filiación.

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

La atribución de estos derechos y facultades de los padres, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.

¹³ D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Op. Cit. p. 18.



La patria potestad puede ser definida como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes del sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados.

Por su parte Planiol define a la patria potestad "como 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."¹⁴

Alicia Pérez Duarte nos dice que la patria potestad "Es la institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos de los ascendientes, a fin de que puedan cumplir que tiene para con sus descendientes."¹⁵

Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro nos dicen "Se considera como un poder concedido a los ascendientes como un medio de cumplir con sus deberes a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones 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."¹⁶

¹⁴ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio, Volumen II, 2ª edición, México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 251.

¹⁵ PÉREZ DUARTE Y NORONA, Alicia Elena. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, 6ª edición, México, Porrúa, 1995, p. 2351.

¹⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones, Harla, 1990, p. 27.

La patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar.

En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil, la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial. En esta materia la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia de este vínculo matrimonial, sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad.

DEFINICIÓN DE MESSINEO.- LA TEORIA DE LOS PODERES

"Consideración aparte merece la definición que de patria potestad da Messineo y la referencia ineludible que cabe realizar en orden a la teoría de los poderes-deberes en el ámbito del derecho de familia.

Para el insigne autor italiano, en concepto que repara decididamente en la naturaleza jurídica de la institución, la patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar."¹⁷

2.2 NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social. En la

¹⁷ D' AN FONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad, Op. Cit. p. 25.

naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en Interés público.

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales, y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes ejercen un conjunto de facultades. Desde el punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior de la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar su ejercicio. El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes de la institución.

“Los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de sus bienes.”¹⁸

¹⁸ GALINDO GARFAS, Ignacio, *Derecho Civil*. Op. Cit. p. 674.

El derecho objetivo, que al conferir un ámbito de libertad al titular de la patria potestad ha procedido en una manera distinta como ha organizado a la tutela como institución protectora de los menores de edad e incapacitados. En la patria potestad la garantía del cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto , que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos; en tanto que en la tutela, el eficaz cumplimiento de las obligaciones que pasen sobre el tutor, descansa en una relación jurídica más estricta, más acuciosa y en una más compleja organización.

2.3 CARACTERÍSTICAS

"De la función propia de la patria potestad, a la fuente u origen de la institución y a la naturaleza de ella, se desprenden los siguientes caracteres: la patria potestad es irrenunciable , intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible."¹⁹

La patria potestad no puede renunciarse. Así lo establece el artículo 448 del Código Civil; de su ejercicio sólo pueden excusarse en los casos específicamente señalados en dicho precepto legal; los que por su edad avanzada hayan alcanzado la edad de sesenta años y quienes por su mal estado de salud no pueden cumplir con la función de la patria potestad.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar, porque su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores. En segundo lugar, porque el artículo 6 del Código

Idem

Civil establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique los derechos de terceros. En el caso, la renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentran bajo ella.

Los derechos y los deberes que integran a la patria potestad, están fuera del comercio. La patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella.

La patria potestad es intransmisible por voluntad de los particulares; sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado

La tercera característica que presenta la patria potestad es su naturaleza imprescriptible. Los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo.

El Maestro Manuel Chávez Asencio añade como característica la de tracto sucesivo y nos dice "El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Es de tracto sucesivo,

que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores."²⁰

2.4 CONTENIDO

"La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esa función."²¹

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

La patria potestad tiene un contenido de orden natural y a veces afectivo, de carácter ético, y un aspecto social.

Desde el punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo en la manera más eficaz.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres. El artículo 411 del

CHAVEZ, ASENCIO, Manuel F. Derecho de Familia, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, 4ª edición, Mexico, Porrúa, 1997, p. 280.

²¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Op. Cit. p. 675.

Código en consulta dispone que los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deberán honrar y respetar a sus padres.

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y la madre, no se agota con la procreación del hijo o de los hijos, es decir, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto e vista que los poderes conferidos a los padres constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos se desprende, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez por qué en el derecho privado, se reúne esta institución el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

2.5 SUJETOS QUE INTEGRAN LA RELACIÓN

Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: el padre y la madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el

juetz familiar, atendiendo a la conveniencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados."²²

2.6 EFECTOS RESPECTO A LA PERSONA Y BIENES DE LOS HIJOS

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

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición no se extingue al terminar la patria potestad.

Durante el estado de minoridad del hijo y mientras se encuentre bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuesto por el artículo 411 del Código Civil, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un afecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, de la patria potestad misma, y de la consolidación de la familia.

²² BARRERO ROJAS, Edgard y Rosalva Buenrostro Báez, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Op. Cit. p.227.

Es la contrapartida por así decirlo, del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio, explica por qué la norma establecida en el precepto antes mencionado, carece de una fuerza coercitiva.

El hijo sometido a la patria potestad no podrá dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente. El hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que toca a quienes ejercen esa autoridad sobre los descendientes, encontramos que el deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es:

- a) el cuidado y guarda de los hijos;
- b) la dirección de su educación;
- c) el poder de corregirlos y castigarlos;
- d) la obligación de proveer a su mantenimiento;
- e) la representación legal de la persona del menor, y;
- f) la administración de los bienes del menor.

Este complejo de relaciones jurídicas, se apoya en la solidaridad del hombre frente a los demás miembros del grupo social que existe particularmente respecto de los hijos y en la misma naturaleza protectora de ese cargo de derecho privado; así como ocurre en ciertos cargos de derecho público, que invisten a su titular, de un conjunto de potestades correlativas a los deberes que impone su ejercicio.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio la ejercerán el padre o la madre que lo hayan reconocido, y en el caso de que vivan juntos, la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos. Y aunque no vivieren juntos y lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores; pero convendrán quien de ellos ejercerá la custodia del hijo. En caso de que no llegaren a un acuerdo, el juez de lo familiar, oyendo a los padres, al menor y al Ministerio Público, resolverá sobre lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, lo anterior en conformidad con lo dispuesto por el artículo 380 del Código Civil; sin embargo, dicho precepto en muchas ocasiones deja de observarse, como lo veremos en el último capítulo de este trabajo, por ser la materia del mismo.

Los ascendientes que ejerzan la patria potestad administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él, en conformidad con lo prescrito por los artículos 425 y 427 del cuerpo de leyes en cita.

Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo; porque es de recordarse que los bienes de los menores se dividen en dos clases, los adquiridos por su trabajo y los adquiridos bajo cualquier otro título; por lo que los primeros, se encuentran bajo la administración y usufructo del menor; "el actual derecho de usufructo encuentra su origen en la Institución francesa denominada "guarda", que consistía en el derecho de obtener la renta de los bienes que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pertenecían al hijo menor, a condición de tener algunas obligaciones, entre las cuales se contaba la de educar al hijo".²³

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo, como puede ser una herencia, legado, donación o por el don de la fortuna, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen, en cuanto a la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador legatario o donante pueden excluir a las personas que ejercen la patria potestad, del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación (artículo 430 del Código Civil).

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Sin embargo dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes, por ejemplo de cierta cantidad de dinero de la administración.

"En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca."²⁴

Se entiende por actos de disposición, aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que

FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, 2ª edición, México, Porrúa, 1978, p. 133.

²⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calisto. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, España, S.E. 1921, p. 501.

producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación.

Queda comprendido dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste.

En ciertos casos, en protección de los intereses del menor, será necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del primero. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante, de que tienen la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponde, si se les permitiere ejecutar libremente actos de disposición.

2.7 EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

“La legislación civil distingue entre los términos: acabar, perder y suspender, en relación con la patria potestad. La patria potestad se acaba, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación; y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la pueden seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión”.²⁵

²⁵ PINA, Rafael De. Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia, Tomo I, 7ª edición, Mexico, Porrúa, 1975, p. 381.

La patria potestad no es renunciable. Sólo puede ser objeto de excusa, cuando quienes deben ejercerla han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función.

La patria potestad se extingue, por las causas siguientes:

- a) Por la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- b) Con la emancipación.
- c) Por la mayoría de edad que alcance el hijo.

La patria potestad se suspende:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente.
- b) Por ausencia declarada en forma.
- c) Por sentencia que imponga como pena esa suspensión.
- d) Por el consumo de alcohol, hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas, que produzcan efectos psicotrópicos, o amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor.

2.8 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se pierde:

- a) Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- b) En caso de violencia familiar en contra del menor;
- c) El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;
- d) Por la exposición de quien la ejerce sobre los hijos;
- e) El abandono de la madre o el padre respecto de los hijos por más de seis meses;
- f) Cuando el que la ejerza hubiera cometido en contra de la persona o bienes del hijo, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- g) Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

CAPITULO TERCERO

GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y EL VARÓN

GARANTÍA CONCEPTO

Uno de las acepciones de garantía es la obligación del garante, es decir, del que es o se constituye responsable de una cosa a favor de otro, ya sea para asegurarle el goce de una cosa que ofrece un objeto de utilidad, ya para libertarle de una deuda, gravamen o peligro.

Las garantías individuales se han reputado históricamente como elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguardia de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

Por garantías individuales debemos entender las concesiones que el Estado otorga a los particulares a través del derecho positivo.

“En lo que se refiere a la esencia jurídica, las garantías individuales son la consecuencia de un acto de auto limitación del Estado y adquieren realidad y vigencia cuando se les dota de sanción y se les consigna en el derecho positivo. Los derechos públicos individuales están determinados por las fórmulas que el Estado sanciona en el derecho positivo. En consecuencia no tienen el carácter de anteriores al Estado y en cuanto a su contenido son un

conjunto de normas éticas provistas de sanción jurídica que derivan su validez del derecho positivo.²⁶

Respecto a los derechos llamados del hombre, existen dos conceptos bien definidos: existe uno clásico y otro moderno. Para el individuo, el ser titular de un derecho del hombre, significa que el Estado se impone cierta actitud abstencionista de no hacer, de no perturbar, lo que para el individuo es una posibilidad de actuar, de moverse. Pero es necesario, hacer notar que estos derechos del hombre, no son absolutos, están limitados por el mismo derecho que los demás hombres tienen y por otras limitaciones relacionadas con la sociedad misma. El derecho de un hombre concluye donde empieza el derecho de otros, porque si fuera posible concebir derechos, como ilimitados, no haríamos más que levantar el más perfecto de los despotismos individuales.

Este concepto, de derechos inherentes a la naturaleza del hombre anterior al Estado es lo que se llama derechos del hombre en el lenguaje clásico de la Revolución Francesa y que hoy llaman garantías individuales o derechos públicos subjetivos.

Ahora bien, en el concepto clásico de los derechos del hombre, encontramos en el fondo la fórmula *laissez faire, laissez passer*. El Estado es un gendarme, solo vigila el orden; como dicen los ingleses, es un guardián del campo. Este concepto ha sido ya desterrado en todos sus aspectos, tanto en el derecho innato del hombre, como unidad del linaje humano, como en su sentido

²⁶ NORRIGÁ, Alfonso. *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*. México, U.S.A.M. 1967, p. 21.

individualista. El Estado ha abandonado su actitud expectante, que produjo injusticias en la Humanidad, para adoptar una actitud activa e imponerse obligaciones

3.2. CONCEPTO DE IGUALDAD

Todo individuo como ente de razón posee ciertos atributos tales como la raza, el carácter, el color de la piel, etc., y en ejercicio de su libre albedrío se proyecta en actos no jurídicos y jurídicos, colocándolo en una situación determinada, por lo que si fuera el caso, de que a un solo individuo, se le aplicara un acto de autoridad de manera autónoma o particular, el mismo deberá aplicarse o tener observancia general, en tratándose del mismo acto realizado por los demás individuos, con objeto de que se encuentre apegado a derecho, es decir, que el mismo sea legal y de conformidad a la Constitución.

“La idea de igualdad ha sido, desde antiguo, una exigencia ética fundamental que ha preocupado profundamente a la ciencia política, a la filosofía moral, a la filosofía política, así como a la dogmática jurídica y a la filosofía del derecho.

La idea de la igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales: a) como un ideal igualitario, y, b) como un principio de justicia. Estos dos aspectos de la idea de igualdad aparecen,

como veremos en la noción de **garantía de igualdad propia de la dogmática constitucional.**"²⁷

El ideal igualitario se mantiene prácticamente inalterable desde la formulación de los estoicos; su postura básica era "vivir con arreglo a la naturaleza". Entre la naturaleza y la naturaleza humana no hay una adecuación moral fundamental. La naturaleza racional del hombre le impone a éste actuar de conformidad con la *recta ratio*; común a todos los hombres. Esta *recta razón*, emite mandatos que deben ser respetados para todos los hombres, puesto que son conformes a la naturaleza racional de todos ellos. Esta concepción trae como resultado el ideal de un derecho común a todos: "derecho" para el género humano, cuya característica cosmopolita y universal se deja fácilmente sentir en la expresión *ius gentium* que los romanos harían celebre.

En la filosofía estoica es donde se forjó el ideal ético de la humanidad: la igualdad de todos los hombres. Sobre la base de la naturaleza racional del ser humano se proclama la igualdad de los griegos, bárbaros, aristócratas, plebeyos, libres y esclavos. El corolario, de la *recta ratio* es, así, la idea de un derecho universal: un *ius natura humani generis*. El mérito, moral del derecho positivo depende de su correspondencia con el *ius communis generi humano*, propia de la naturaleza racional del hombre y cuyos principios constituyen el modelo del derecho positivo y de la justicia humana.

Existen siempre dos derechos para el hombre: el derecho positivo de su ciudad y el derecho de la ciudad universal, igual para todos; las costumbres

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Poma, 1991, p. 1609.

son diversas, múltiples; la razón es una. La *recta ratio* es una politeia universal.

La justicia, se identifica con aquel derecho superior de la razón. Este derecho único, de carácter racional, sería el antecedente de la teoría del derecho natural moderno la cual habría de influir decisivamente, en el constitucionalismo. Con el ideal igualitario estoico surge un nuevo ideal político: los gobernantes deben conformar sus actos a esa politeia universal. La tarea inmediata consistió en buscar positivizar esos principios igualitarios y establecer un estado de derecho racional. Esto en buena parte, fue tarea de los jurisconsultos romanos.

Fue mérito de Cicerón haber dado una formulación casi definitiva al ideal igualitario estoico y a su doctrina del derecho natural. De él pasó a los jurisconsultos romanos. los jurisconsultos romanos, además de su derecho positivo conciben la existencia de ciertos principios éticos referidos al derecho, los cuales constituían un patrón universal, más que natural, racional. Estos principios debían de regir de la misma forma al género humano en todo tiempo y lugar. La exigencia racional es que debe haber un mismo derecho para todos los hombres, o por lo menos un conjunto de principios jurídicos racionales en que se basen todos los derechos.

Estos principios jurídicos racionales, los cuales se identifican con la justicia, son compartidos por todos los hombres, pertenecen a todos los individuos, principios de los cuales los hombres no pueden escapar. Existe una ley verdadera extendida en todos consistente consigo misma; que nos llama imperiosamente a cumplir nuestra función, a esta ley, ninguna enmienda es

permitida. No es lícito abrogarla ni en su totalidad ni en parte, porque es una sola y misma ley que rige todas las naciones en todo tiempo. Quien no obedece esta ley huye de sí mismo y de su naturaleza humana.

El Estado no era sólo un problema jurídico, constituía el objetivo de esos principios universales que, en virtud de su racionalidad eran compartidos por todos los hombres. Esta situación conducía a la siguiente tesis: buscar un Estado donde se asegure, lo mejor posible la igualdad del género humano. Esta forma había sido generada en la República, la exigencia, una república universalis.

La igualdad era una exigencia moral fundamental que derivaba de la recta ratio: "Nadie sería tan semejante a sí mismo como cada uno de los hombres a los demás" (Cicerón). La doctrina de Cicerón, coincidía en gran medida, con la ideología jurídica de los jurisconsultos romanos. La auctoritas debe ser ejercida con el respaldo del derecho y sólo está justificada por razones de justicia, cuyo patrón básico se encuentra en los principios éticos del ius natura humani generis, al que los juristas denominaron: ius gentium.

En principio la expresión ius gentium, en los primeros jurisconsultos, como Cicerón, significaba principios que gozaban del reconocimiento general y, en consecuencia, comunes a los derechos de todos los pueblos. Ningún jurisconsulto dudaba de la existencia de una ratio iuris que guiaba, por decirlo así, la aplicación del derecho positivo en casos determinados. Esta era la ratio que animaba la creación del derecho honorario. Fue así como, mediante la interpretatio y la disputatio fori, los juristas y magistrados llevaron positivar, a convertir en derecho, principios contenidos en el ius gentium. El ius

honorarium satisfacía mayormente la nueva exigencia igualitaria. El ius honorarium era pues no sólo derecho positivo, sino un derecho que correspondía con los principios racionales que constituían ese ideal jurídico universal.

El reclamo de igualdad jurídica fue una tesis considerada moralmente incontrovertible durante la edad media, mantenida en ocasiones por los dogmas del cristianismo: "todos los hombres son iguales ante Dios", "el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios". La debilidad fundamental de tal exigencia estribaba en la inexistencia de instituciones que "garantizarán" la igualdad jurídica.

Muchos fueron los intentos para garantizar este anhelo de igualdad bajo la influencia decisiva del ius naturalismo racionalista, la revolución francesa buscó su consagración definitiva: en la Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano: "los hombres nacen... libres e iguales en derechos".

Sólo la escritura podía dar a las formas jurídicas la fuerza y, aún la rigidez muchas veces indispensables para su defensa. De ahí el nuevo dogma del constitucionalismo: consignar dentro de la Constitución escrita el ideal igualitario. La idea de la Constitución escrita era simple. Las conquistas del constitucionalismo (p.e., el ideal igualitario) tenían que ser sancionadas solemnemente en un documento, el cual sería considerado la garantía de la igualdad de todos los hombres.

El ideal igualitario se traduce así en un dogma del constitucionalismo moderno: el derecho de todos los hombres para ser juzgados por las mismas

leyes, por un derecho común, aplicable a todos. Un derecho compuesto por reglas generales anteriores y no por tribunales ni leyes creados ad hoc.

"La idea igualitaria está asociada con las instituciones republicanas y democráticas, en las cuales la participación igualitaria es condición indispensable. La idea de igualdad ha sido considerada desde la antigüedad clásica, condición de la democracia, ideal político del mundo moderno. La igualdad, sin embargo, no es la única exigencia que reclama el ideal democrático. Los problemas particularmente afectan la organización del Estado. Garantizar la participación igualitaria de los ciudadanos en el gobierno del Estado, el acceso igualitario a la administración de justicia, compensar las desventajas materiales, determinar las relaciones entre la libertad y la igualdad son problemas que preocupan profundamente a la dogmática constitucional."²⁸

La igualdad, por otro lado, es considerada elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias y cuyas relaciones, en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas. Estos tipos de problemas como veremos se encuentran más vinculados con el funcionamiento del orden jurídico.

El requerimiento de igualdad no significa: "lo mismo para todos". El requerimiento igualitario de la justicia significa que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual y por otro, los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes. Los corolarios de la igualdad,

²⁸ Ibidem p. 1608.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

son la imparcialidad en el sentido de que la discriminación o el favor en el trato de individuos es hecho sólo en virtud de circunstancias relevantes. Si un padre favorece a un hijo por encima del otro sin fundamento relevante para tal discriminación, el trato es desigual y, por tanto, injusto. Si un hombre, por el contrario, en cuestiones de hospitalidad favorece a sus amigos por encima de los desconocidos, su conducta es injusta toda vez que no está realizando una función en que se requiera que sea imparcial. La igualdad requiere de reglas fijas por que su modificación, durante el proceso de valoración de las circunstancias, altera, precisamente, las circunstancias en perjuicio o en beneficio de alguien. Esto es lo que convierte a las reglas fijas y a la imparcialidad en elementos indispensables para entender los problemas de la igualdad jurídica. Un juez p.e., no debe favorecer a ninguna de las partes en virtud de que es rico, pobre, bondadoso, o mezquino. La justicia requiere del Juez que considere a las partes como "jurídicamente iguales" en el sentido de que las únicas diferencias que el Juez puede considerar son aquellas que el Derecho le exige tomar en cuenta y ningunas otras.

En términos generales que si ahí donde se requiere de imparcialidad los hombres son tratados de forma desigual, es, en principio, injusto; a menos que la diferencia del trato pueda ser jurídicamente justificada.

Un problema fundamental en entendimiento de la igualdad consiste en saber ¿qué es "trato igual"? Una respuesta a este problema es: la aplicación de la "misma regla" a situaciones "esencialmente similares". Ciertamente, el problema de decir cuándo las situaciones son "esencialmente similares" es difícil. Decidir cuándo una situación cae bajo la misma regla y cuándo requiere de otra, puede ser angustioso. Sin embargo, la inmensa mayoría de

situaciones sociales nos permiten construir clases de situaciones iguales de manera simple, prácticamente intuitiva. No todos son "casos difíciles". Como quiera que sea, un dato que debemos tener presente es que "igual consideración" o "trato igual", significa que a situaciones consideradas iguales se les aplica la misma regla.

La igualdad que garantiza el orden jurídico a los hombres no significa que éstos tengan los mismos derechos y facultades. La igualdad así considerada es jurídicamente inconcebible: es prácticamente impensable que a los hombres se les impusieran las mismas obligaciones y tuvieran los mismos derechos sin hacer ninguna distinción entre ellos (menores, hombres, mujeres, alienados, extranjeros). La igualdad jurídica no es esencialmente diferente de la idea de igualdad como condición de justicia. "El principio de la igualdad jurídica no significa sino que en las relaciones jurídicas no deben hacerse diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas (p.e., la raza, el credo religioso, la clase social, etc.). Este es un aspecto importante en la idea de la igualdad jurídica, el orden jurídico (p.e., la Constitución) contienen una fórmula que proclama la igualdad de los individuos, pero si no se precisan que tipo de diferencias no deben hacerse, entonces la fórmula de la igualdad jurídica, sería normativamente superflua. Establecer la igualdad jurídica significa que las instituciones que crean y aplican el Derecho no pueden tomar en consideración, en el trato de individuos, diferencias excluidas por el orden jurídico; los órganos sólo pueden tomar en consideración las diferencias "aceptadas" o "recibidas" por las normas de un orden jurídico el funcionamiento de la igualdad jurídica tal y como ha sido explicada corresponde fundamentalmente a la exigencia del

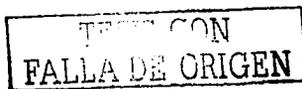
principio de la aplicación regular de las normas jurídicas conocido como "principio de legalidad".²⁹

Pensemos en una sentencia por la cual el tribunal se abstuviera de pronunciar contra un delincuente reconocido como tal, la pena prevista en la legislación, únicamente porque el delincuente es blanco y no un negro, o bien, por que es cristiano y no judío, no obstante que en la definición del delito de la disposición penal no tenga en cuenta la raza o la religión del delincuente. Una sentencia de este tipo sería susceptible de ser considerada irregular.

Al crear límites en la creación y aplicación del derecho, el orden jurídico, garantiza que no existen diferencias de trato en virtud de ciertas diferencias relevantes, las cuales no deben ser tomadas en cuenta.

Con todo lo anterior podemos definir a la garantía de igualdad, la cual se puede entender como la posibilidad y capacidad de cualquier persona para ser titular de los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, por lo que es un elemento de la misma sustancia del sujeto en su situación de persona humana frente a sus semejantes, independientemente de las condiciones jurídicas y personales que aquel pudiese reunir, y que lo coloca en una situación en que está todo hombre desde que nace, por lo que el Estado y sus autoridades tienen la obligación de considerara los gobernados en un mismo plano, sin atribuir distinciones y diferencias por concepto de raza, sexo, religión, nacionalidad, etc.

²⁹Ibidem p. 1611.



La garantía de igualdad, se proyecta en el sentido de la no-distinción de los hombres, ya sea por cuestiones personalísimas como la raza, estatura, SEXO, entre otros, por factores adquiridos, jurídicos o extrajurídicos, siendo esta aquella por virtud de la cual todo individuo goza de los mismos derechos subjetivos públicos, independientemente de sus características congénitas o adquiridas.

Ha sido ampliamente discutido el tema relacionado a que si realmente existe igualdad jurídica entre la mujer y el varón, sin embargo, la mayoría de los estudios realizados, se enfocan principalmente a hacer énfasis las ventajas de las cuales goza el sexo masculino, respecto al femenino. En efecto, durante la historia, y particularmente de nuestro país, se ha observado la lucha de la mujer para que le sean reconocidos sus derechos y que deben ejercer sin restricción alguna; lucha que ha obtenido grandes logros, y que no obstante ello, aún podemos apreciar ciertos rezagos al respecto.

ORIGENES DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS SEXOS

La igualdad es un ideal, elevado a la categoría de garantía, sin embargo, hoy en día observamos ciertas desigualdades entre la mujer y el varón. Pero donde nace esa desigualdad, porque se ha prolongado en el tiempo, y porque el Estado no ha remediado este punto; todo lo anterior es solo algunas de las interrogantes que nos hacemos para comprender la importancia de la igualdad del hombre y la mujer cuando se encuentran en circunstancias iguales.

En la antigüedad, con el nacimiento de la propiedad privada, el propietario enajenaba su existencia a la misma; sus bienes le interesaban más que su propia vida en tanto desbordaba los límites temporales y subsistían más allá de la destrucción de su cuerpo. No obstante tal supervivencia sólo era posible si a su muerte la propiedad quedaba en manos de aquellos a quienes reconocía como su prolongación.

Esto configuraba un sistema familiar con notas esenciales comunes a todos los pueblos: a) el dominio paterno, con obligación para el heredero de rendir culto a los manes del padre, quien de ese modo asegura la sobrevivencia de los antepasados sobre la tierra; b) como consecuencia de esta concepción, el hombre no acepta compartir con su mujer ni sus bienes ni sus hijos, es excluida de la sucesión y los vástagos sólo pertenecen al padre; c) la condición de la mujer es de inferioridad, y su sometimiento al padre primero, y al esposo después, constituye la norma; d) la familia es pensada como un organismo económico, religioso y político, cuyo jefe es el hombre-marido y padre. Como tal tiene funciones judiciales, está encargado de velar por la buena conducta de sus miembros; frente a la sociedad es el único responsable de sus actos y posee el derecho absoluto de juzgar y castigar; e) la poligamia se halla muy definida, la mujer en cambio, como consecuencia de que el hombre debe tener la certeza de su descendencia, tiene que observar la más estricta fidelidad, y cualquier falta cometida en este sentido es severamente castigada. Configura el peor de los crímenes el arriesgar el dar los derechos de herencia a un vástago extranjero, y por tanto el paterfamilias tiene derecho a matar a la esposa culpable; f) el amor conyugal- en el sentido moderno de la palabra- es desconocido. El amor no es visto como una inclinación subjetiva, sino como un deber objetivo; g) el marido

puede repudiar a la mujer en cualquier momento. La esposa en cambio, no puede solicitar el divorcio y sólo está facultada para ello en algunos pueblos, si prueba que el marido le dispensaba trato cruel.

En todos los pueblos antiguos, la organización de las relaciones familiares implicaba la reducción de la mujer a la categoría de "cosa", y, como tal, nada era más natural que fuera abandonada por su dueño cuando quisiese. En las sociedades en que la mujer podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido-por ejemplo en Atenas-la efectividad de su derecho quedaba limitada por la falta de libertad para salir del hogar y recurrir al arconte a entablar la demanda; a esto se sumaba la dificultad de prueba y, además, la circunstancia de que los hijos siempre quedarían con el marido.

Este cuadro no era igual en todos los pueblos y en algunos no aparecía de modo tan radical. En Babilonia, por ejemplo, se reconocían ciertos derechos a la mujer, y en Egipto también gozaron de un estatuto mejor.

GRECIA

En la familia griega, que se asentaba sobre la base de la preponderancia del hombre, la mujer se encontraba rígidamente sometida. Su función consistía en cuidar la casa, procrear y brindar placer sexual. El matrimonio era para el hombre una carga, un deber para con los dioses, el Estado y sus propios padres.

Sólo en Esparta la situación de la mujer revestía características singulares, porque su intervención en el proceso social y económico era diferente, y su prestigio y consideración constituían una excepción en el mundo antiguo.

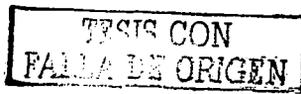
ROMA

La familia romana que se desarrolla en el marco de una sociedad rural, organizaba la vida en el hogar bajo la estricta obediencia a un antepasado varón, tronco común de todos los varones que convivían con sus esposas e hijos: el paterfamilias. Como pudimos ver en el Capítulo Primero de esta investigación, "el paterfamilias ejerciendo su potestad, se extendía a los esclavos y los ciudadanos romanos reducidos a la condición servil, constituía la familia en un organismo político-religioso, y el vínculo que unía los integrantes de la misma se basaba en la sujeción a su jefe con un lazo de naturaleza civil o jurídica, más que de parentesco."³⁰

La mujer casada in manu ingresaba a la familia del marido donde se encontraba en condición de loco filiae (en lugar de la hija). Es decir era reputada como hija del marido y considerada como hermana de sus hijos. Se hallaba equiparada a sus propios hijos en la quasi potestad del padre. El matrimonio sólo podía ser disuelto por voluntad del marido a quienes las costumbres obligaban a repudiar a la mujer infiel o infecunda.

A los fines de la República nace el matrimonio sine manu, en el cual la mujer no integraba jurídicamente la familia del marido sino que pertenece a la suya, mientras que los hijos ingresan a la del padre. No hay entre La madre y los

³⁰ Vid. Infra Capítulo Primero, p. 23.



hijos derechos ni deberes, y también en este caso, el papel de la madre es nulo.

En tiempos de la oligarquía patricia, cada paterfamilias era un soberano independiente en el seno de la República, pero cuando se afirma el poder del Estado, éste lucha contra la concentración de las fortunas y la arrogancia de las familias poderosas. El tribunal doméstico desaparece ante la justicia pública, la mujer adquiere más derechos y se producen limitaciones en la facultad del padre y del marido de disponer de su persona.

En la historia del derecho romano se observa un movimiento contradictorio. Al mismo tiempo que la mujer adquiere una condición más elevada en el orden familiar, el poder central la somete a diversas incapacidades legales, es decir, se limitan menos sus derechos en tanto hija, pero se les niega la igualdad con el hombre en función del sexo.

EDAD MEDIA

En la edad media, las características de la familia se hallaban determinadas por sus relaciones con la tierra. A partir del siglo VIII, Europa era exclusivamente agrícola y la tierra era la única fuente de subsistencia y condición de la riqueza. Quien la poseía, tenía libertad y poder; era el señor, cuya autoridad se extendía sobre todos sus siervos a quienes protegía; protección esta que era necesaria, puesto que debía conservar a aquellos que trabajaban para él.

La familia feudal constituía un organismo económico que tendía a bastarse a sí mismo. Con el objeto de evitar el fraccionamiento de la propiedad y debilitar de este modo el señorío, se hizo prevalecer el derecho de primogenitura, siendo precaria la situación de los seguidores y de las mujeres. Abundaban los repudios porque, para un hombre, multiplicar los matrimonios era aumentar a sus dominios.

Hasta el siglo XI el orden solo se fundaba en la fuerza, y la propiedad en el poder de las armas. La mujer no podía tener dominio feudal, porque era incapaz de defenderlo. Más tarde, cuando los feudos se vuelven hereditarios, su situación cambia pues, a falta de herederos varones, adquiere el derecho a suceder. Empero, la mujer siempre necesitaba un tutor masculino, y el marido que desempeñaba tal rol recibía la investidura y poseía el usufructo de todos los bienes; ella era sólo el instrumento a través del cual se transmitía el dominio, pero el goce real de la tierra lo tenía el marido.

Cuando la supremacía del poder real se impone a los señores feudales, mejora la situación de la mujer. Si es soltera o viuda, la propiedad le confiere la soberanía, y la gobierna con todas las facultades. En cambio, la subordinación de la mujer casada se mantiene; el hombre continúa como tutor de su esposa, pues el interés del patrimonio exige que un solo amo lo administre.

EL CRISTIANISMO

La Iglesia ocupaba en esta sociedad un lugar importante, y las ideas del Cristianismo primaban en este periodo. La prédica de Jesucristo introdujo, un

cambio en la concepción de la autoridad del hombre dentro de la familia. El poder del padre no estaba fiado en su beneficio, sino a favor del hijo, y la esposa y la madre, no era su esclava, sino su compañera. Esta ideología, reflejo de los cambios en las convicciones sociales, otorgó una serie de derechos a la mujer, principalmente en las clases superiores, hasta el siglo XVIII.

Sin embargo el pensamiento cristiano que pone límites al poder absoluto del marido, mantiene la estructura de dominación del hombre sobre la mujer y los hijos, aún cuando ya no tiene carácter absoluto. Por venir de Dios, el poder debe ser ejercido como por Dios mismo, es decir, dentro del amor y del respeto mutuo.

En un texto de significativa importancia para la historia de la relación hombre-mujer- la Epístola a los Efesios de San Pablo- el apóstol desarrolla una teoría de la igualdad basada en las ideas de Jesús, pero modificándolas por completo. Decía que el hombre y la mujer tenían los mismos derechos y obligaciones, pero, siendo esta una igualdad entre gentes que no son idénticas, la misma no excluía la jerarquía. El hombre tenía que ser el jefe de la pareja; fue el primero en ser creado y dio origen a la mujer. El poder lo tiene el que llega primero. Si bien reconoce la presencia del amor y el respeto hacia la mujer, la autoridad es siempre la del hombre.

San Pablo resumió la relación de la pareja en la siguiente fórmula: "El hombre debe amar a su mujer como Cristo amó a su Iglesia, y la mujer debe comportarse como la Iglesia, respecto de Cristo". El apóstol exhorta: "Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor, por cuanto el hombre es

cabeza de mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia, que es su cuerpo místico, del cual Él mismo es Salvador, de donde así como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres lo han de estar de sus maridos en todo".

Desde el origen del Cristianismo, la familia era considerada como una monarquía de origen divino. pero esta soberanía del padre, del marido, del señor, se conocía, por cierto, de tiempo atrás. Los primeros Cristianos se sirvieron de las relaciones de la subordinación al padre y al marido para explicar y lograr la aceptación de la obediencia absoluta a un Dios único, considerado como Padre universal y Señor universal. Como contrapartida, la Epístola a los efectos establece una reciprocidad de deberes entre el padre de familia y sus súbditos. A su mujer, el marido debe amor y sacrificio; a sus hijos, educación.

Durante la Edad Media, los predicadores religiosos marcaron siempre la subordinación de la mujer señalando que la mujer que no quiere obedecer al marido en lo que hace al gobierno de la familia y de la casa, y en lo que hace al gobierno de la familia y de la casa, y en lo que hace a las virtudes y buenas costumbres, comete pecado, pues la mujer está obligada a acatar las ordenes del marido.

LOS DISCURSOS IDEOLÓGICOS

Como consecuencia y origen de las relaciones sociales de poder prevalecientes, tres discursos ideológicos se entremezclaban y reforzaban mutuamente: el de Aristóteles, que demostró que la autoridad es natural: el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de la Teología, que afirmó que la autoridad es divina; y por último el de los políticos, que se remitían a esos dos discursos a la vez.

Aristóteles fue el primero que justificó desde el punto de vista filosófico, la autoridad marital y paterna. Consideraba como legítima la autoridad del hombre en tanto estaba en la natural desigualdad que existe entre los seres humanos. Es la naturaleza la que ha creado individuos aptos para mandar e individuos aptos para obedecer. Los esclavos son, por naturaleza, distintos de los ciudadanos. Los niños son seres incompletos y deben ser sumisos al hombre maduro. Las mujeres, independientemente de su edad, son, por esencia inferior al hombre; representan la materia, un principio negativo con relación a la forma, sinónimo de pensamiento e inteligencia. Incluso en la reproducción cumplen una función secundaria, como simple receptáculo. Su capacidad de pensamiento es débil, en consecuencia su opinión no cuenta. Su mayor virtud es la obediencia y el silencio.

En el discurso del absolutismo patriarcal, las categorías de padre, esposo, y señor están dadas como condiciones naturales. Pertenece a la esencia del hombre su capacidad para la dominación. Es natural que el hombre, como ser más perfecto, tenga poder sobre su familia como Dios y como Rey.

La teología cristiana combinó el mensaje de Cristo con la ideología proveniente de sus raíces judías, que se reflejan en dos textos significativos para la historia de la mujer. Uno es el Génesis: Dios crea al hombre y, con una de sus costillas, a la mujer. La mujer es la pérdida del hombre, la responsable del pecado. Dios pide cuentas al hombre, y lo designa responsable de la pareja. Luego vienen las maldiciones contra la mujer,

personificada por Eva: "agravaré tus trabajos y tu preñez"; "parirás con dolor" y "la pasión te llevará hacia tu esposo y él te dominará".

Tenemos aquí narradas las pautas de la futura condición femenina. Encarnada en la imagen de la debilidad, la pasividad y la sumisión, la mujer comienza a transitar la historia de la humanidad. Esta imagen se agrava cuando se le agrega el símbolo del mal, las mujeres son malignas, en consecuencia, pueden ser castigadas no sólo por inferiores, sino por malas.

El tercer discurso transmite la idea política que intenta fortalecer la autoridad del padre para dar un fundamento de derecho a la monarquía absoluta y para permitir a los reyes disponer de una autoridad legítima sobre sus súbditos.

Sostiene que la autoridad paterna se ha convertido gradualmente en soberana. La autoridad real es paternal. Hay en el padre una bondad natural. El espíritu naturalmente protector del padre hacia los hijos, funciona como reflejo de la bondad de Dios en la Creación. Así como en el padre hay bondad natural para con sus hijos, la autoridad real es también paternal, su carácter esencial es igualmente la bondad. El rey persigue el bien de sus súbditos, como el padre de sus hijos, aún cuando los castiga.

SIGLO XVIII

Hacia fines del siglo XVIII, con el desarrollo de la industrialización, sobrevienen cambios significativos en la organización de la vida familiar y, consecuentemente, en las relaciones entre sus miembros.

Hasta el momento de la revolución industrial, las familias conformaban unidades de producción y reproductivas simultáneamente. El cambio acontece cuando los objetos, que hasta ese momento se producían dentro del hogar, pasan a ser producidos masivamente en las fábricas. Todo lo que se produce fuera de casa, es trabajo y tiene valor social. El trabajo se traslada al mundo público, en tanto las tareas domésticas quedan en el mundo privado de las familias, bajo el rótulo de no trabajo. Esta escisión del hogar y trabajo promueve una marcada ruptura entre la esfera pública y privada de la vida social.

En el mundo público será el de la creación por el trabajo, el de la lucha por el poder, el productor de las ideas. El mundo privado aislado y silencioso, cumplirá las tareas de sostén del ámbito público, mediante la preservación de la vida doméstica y la reproducción y la crianza de los niños.

La nueva organización del trabajo mantiene la antigua jerarquización en el interior de la familia y en toda la sociedad. Son los hombres los que salen de la casa, los que producirán la supervivencia. Serán a partir de ese momento responsables absolutos del mantenimiento de la familia

El lugar de la mujer no cambió, sino que se amplificó. Desde siglos, la familia fue el espacio de pertenencia social de las mujeres. Con la industrialización queda específicamente encargada de la esfera doméstica realizando tareas para las cuales está "naturalmente" dotada, y que carecen de valor social legítimo.

Esta división del trabajo es, en los hechos, una prolongación de la ideología de inferioridad de la mujer con relación al hombre, que la mantiene en un lugar jerárquico subordinado. La nueva forma de subordinación queda oculta; deja de ser explícita como en siglos anteriores, por efecto de la producción ideológica que acompaña y promueve los cambios en la organización de la producción y la familia.

Surge un nuevo concepto del amor. En la relación con los hijos, el amor maternal; en la relación de la pareja, el amor romántico.

En la base de estas creencias actúa una superposición de ideologías provenientes de diferentes ámbitos. Por una parte, un discurso económico destinado a los hombres esclarecidos; un segundo discurso dirigido a ambos sexos, y por último, un tercer discurso orientado exclusivamente a las mujeres.

El discurso económico es el resultado de la toma de conciencia de la importancia que tiene la población para una Nación. La preocupación demográfica implicaba la necesidad de preservar la niñez para el bien del Estado. Desde las ideas económicas el niño era percibido como un productor potencial de riqueza. El cuidado de la niñez es, un objetivo central de los Estados nacionales, a partir del siglo XVIII.

Esta necesidad económica y social fue corroborada por un discurso de mayor peso, dirigido a los hombres y sus esposas. Este discurso no era el del deber y la responsabilidad, de las obligaciones y el sacrificio, sino el de la igualdad, el amor y la felicidad.

Los conceptos de igualdad y libertad individual comenzaron a abrirse camino en las diferentes instancias sociales. En la familia, la imagen del padre y su poder se transforma. Con relación al hijo en una ayuda transitoria hasta que madura, momento en que esta en condiciones de separarse de sus padres. Padres e hijos se independizan. Estas son las ideas que desarrollo Rousseau en el Contrato Social, en el que el poder del padre se establece en beneficio de aquel sobre el que se ejerce: el hijo. La concepción de Rousseau a cerca de la posición de la mujer la dejaba limitada a su función de esposa y madre. Montesquieu, en cambio, mostró las desigualdades entre hombres y mujeres, designándolas como una injusticia, ya que la idea de inferioridad de la mujer no residía en su naturaleza, sino en la falta de educación. Voltaire se ubico en el medio, sosteniendo que una educación sólida llevaría las mujeres a ser buenas esposas y madres.

Ahora bien, a lo largo de la historia la mujer es quien ha sufrido las circunstancias de la desigualdad de los sexos; en este sentido tenemos que uno de los Presidentes más preocupados al respecto, fue el Licenciado Luis Echeverría Álvarez quien durante su mandato, y concretamente en su IV Informe de Gobierno, pondero este tema, quien asevero que el problema de la igualdad real de la mujer es indivisible del problema del desarrollo, por lo que, según dicho informe, esa igualdad se lograría con el cambio de pensamiento de los hombres.

El tema de la igualdad, como hemos observado, paradójicamente, es tan sencillo y tan abstracto, que muy poco se habla al respecto con profundidad. Ahora continuando con la historia, en nuestra sociedad, tenemos que la

igualdad para el liberalismo clásico era una consecuencia natural del hombre y el derecho no tenía otra cosa que hacer que reconocerlo, que declararlo; lo cual se hizo en la Declaración de Derechos Humanos de la Revolución Francesa, sin embargo, la igualdad proclamada como uno de los tres principios fundamentales, no lo fue, en lo referente a la igualdad política entre varones y mujeres, ni siquiera entre los varones, porque se siguieron usando los cauces del sufragio censitario o del sufragio capacitario; no todos los hombres votaban o expresaban su opinión política en forma igual, sino solamente los que tenían bienes de fortuna, o los que tenían cierta instrucción. En materia económica tampoco la igualdad se desarrolló, porque la propiedad seguía rodeada de condiciones tales, era un derecho de tal manera absoluto, que la pobreza de los más, evidenciaba una permanente desigualdad en la sociedad concebida y manejada por los liberales.

El igualitarismo revolucionario parte de otras bases, piensa que la igualdad no es un fin en sí mismo, ni es una condición natural del hombre, sino que es un objetivo, es un desiderátum y una conquista que el hombre debe ganar dentro de la sociedad.

La igualdad, en consecuencia, no viene de la libertad como en el liberalismo, sino es el punto de partida para alcanzar la verdadera y genuina libertad en una sociedad desenajenada.

Es por eso que a esa igualdad teórica de los principios liberales, a principios del siglo anterior, el derecho, que va recogiendo las realidades sociales, le va incorporando un sentido más objetivo, un sentido más realista y más programático. Y junto a los derechos individuales a ultranza, reconocidos por

el liberalismo, una nueva corriente histórica, política, ideológica y jurídica, por cierto abanderada por la Constitución de 1917, empieza a incorporar a esos derechos individuales los derechos sociales, para considerar la libertad y la igualdad no sólo en su contexto pretendidamente natural, sino en su contexto social. Y así el hombre no es considerado sólo como hombre y la mujer no sólo como tal, sino es considerado el ser humano como campesino o como trabajador o como miembro de la clase popular que necesita en su conjunto un tratamiento general, ser rodeado de protecciones, ser estimulado en sus facultades frente a la sociedad y al Estado, y éste último, pasando de su posición de árbitro o de gendarme, se convierte en promotor de los derechos sociales, en vigilante de su cumplimiento, y así también, en generador de libertad y de igualdad auténticas.

Los anteriores criterios sirvieron de base para realizar diversos cambios en la situación jurídica de la mujer, como lo fue en materia de transmisión y adquisición de la nacionalidad, lo que era inevitable establecer, puesto que ya era un consenso universal que el matrimonio y su disolución no debían implicar nunca para la mujer la adquisición o pérdida automática de la nacionalidad. Siendo hasta 1969 cuando se estableció que son mexicanos por nacimiento, los nacidos de padre o madre mexicana; igualdad que se extendió al señalarse que la mujer casada con extranjero, este adquiría la nacionalidad mexicana, siempre y cuando tuvieran su domicilio en el territorio nacional.

Otro punto en que la mujer adquirió cierta igualdad respecto con el hombre, fue en el ámbito laboral, ya que era obvio ante la realidad industrial y comercial de principios del siglo pasado, cuando la mujer apenas empezaba

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a penetrar en el mercado de trabajo, cuando apenas había concepción en los propios empleadores de los derechos de los obreros y además de eso, los viejos esquemas de dominio repercutían en esa incipiente industria y en ese comercio mal organizado, en situaciones de intolerante injusticia frente a lo laboral, que llevo a la protección de la mujer, rodeándola de privilegios en su entorno laboral en contra de la expoliación y de la explotación de que era víctima, ya que en el pasado, si el varón era explotado, la mujer lo era aún más. Dentro de esas protecciones que tuvo la mujer era que ellas no podían laborar en trabajos nocturnos industriales, por completo, y a los trabajos nocturnos comerciales por arriba de las 22 horas, también lo fue, el hecho de que no podía ser objeto de trabajo extraordinario, ni podía laborar en situaciones insalubres o peligrosas..

En síntesis las leyes que especialmente fueron reformadas estableciendo la igualdad de la mujer y el hombre fueron, en primer término, La Ley de Nacionalidad y Naturalización, el Código Civil y de Procedimientos Civiles, LA Ley de Población, la Ley Federal del Trabajo, y el Código de Comercio.

3.3 DIFERENCIA ENTRE EQUIDAD E IGUALDAD

Comúnmente escuchamos que determinada autoridad o servidor público no fue equitativo, o bien, que el Juez debió ser equitativo con las partes, sin embargo, el término equidad no debe ser empleado como sinónimo de igualdad; y para ello tenemos que comenzar por definir a la equidad.

“Por equidad debemos entender la justicia distributiva, es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Es la moderación en la aplicación de la ley,

atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra. Son los principios generales que deben guiar a la facultad discrecional del Juez."³¹

El clásico Escriche dice: "La palabra equidad tiene dos acepciones en jurisprudencia, pues ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez que a falta de la ley escrita o consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea de la ley natural".

"La equidad según Carnelutti es lo mismo que la Justicia entendida en su sentido más elevado, "como el prius del Derecho", el ideal que deben realizar las instituciones jurídicas. Una ley equitativa es una ley justa. Según él, la antítesis entre ley y equidad no es objetiva, sino que se refiere a las facultades que tiene el órgano del Derecho, especialmente el juez, para obrar en determinado caso. Si el órgano está vinculado, impera la ley, si tiene libertad de acción, rige o debe regir la equidad."³²

El antecedente de dicho término lo encontramos con Aristóteles, quien habla de la Epiqueya como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. Decía que la equidad y la justicia son distintas, pertenecen sin embargo al mismo género siendo la equidad superior a la justicia: "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal,

³¹ USORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasa, 1989, p. 288.
³² PALFARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 18ª edición, Mexico, Porrúa, 1988, p. 540.

lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales... Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente, es decir, haciendo la ley como él lo habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trate."

Por tanto la equidad consiste atemperar el rigor de la ley al aplicarla, tomando en cuenta las circunstancias excepcionales del caso concreto, que el legislador no previó al dictar aquélla. Puede ser definida como la justicia del caso concreto.

Este concepto de Aristóteles ha perdurado a través del tiempo sin haber sido modificado en sustancia. En la Edad Media los escolásticos comandaron la equidad, como un correctivo del Derecho, un correctivo indispensable para que el Derecho no perdiese su fin auténtico. En época moderna Lumin ha definido la equidad como el juicio atemperado y conveniente que la ley confía al Juez. La equidad constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al Juez en algunos casos, cuando la singularidad de ciertas relaciones se presta mal a una disciplina uniforme. La equidad tampoco debe confundirse con el mero arbitrio, porque esto significa un mal uso por parte del Juez en sus poderes; en cambio cuando decide conforme a equidad

respetan aquellos principios de justicia que se encuentran recibidos por el ordenamiento jurídico positivo o que son compartidos por la conciencia común.

Luego entonces la diferencia entre equidad e igualdad estriba en que la primera, es la facultad que el legislador concede al Juzgador, para hacer justicia distributiva, esto es, resolver de acuerdo a las circunstancias de cada caso; en tanto que la igualdad es la disposición que aplica a todo ser humano, a realizar, dejar de hacer o dar una conducta en ciertos casos. En otras palabras, la igualdad contenida en la ley la toma el Juzgador al hacer uso de la equidad.

3.4 REGIMEN JURÍDICO DE LA IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER

En este apartado, haremos referencia a las diversas disposiciones, en las que se puede decir, en términos generales, que tanto el sexo masculino, como el femenino son vistos de una forma igualitaria, es decir, establece normas de igual trato, en las mismas condiciones, obviamente, existen diversos ordenamientos en los que no puede haber las mismas disposiciones.

En la Ley Federal del Trabajo, hay diversos numerales en los que se hacen distinción entre los sexos; así el artículo 34 dispone que las mujeres gozarán de un periodo de sesenta días antes del parto, y de igual término después del mismo, además de un tiempo extraordinario, para alimentar a sus hijos; ello es totalmente aceptable, y desde luego, no podemos debatir al respecto, porque sería absurdo, por la simple y sencilla razón de que en dichos casos,

la mujer no se encuentra en la misma situación que el hombre, ya que es el ser virtuoso, que la naturaleza le concedió el don de dar la vida; en tales circunstancias es obvio e indiscutible, que no puede darse al varón un periodo de sesenta días a determinado acto o cumplido cierto tiempo, ya que de lo contrario, si estuviésemos en presencia de una desigualdad, entre el varón y la mujer.

En esta tesitura, tenemos por ejemplo que a lo largo de la historia la mujer ha ido luchando por que le sean reconocidos sus derechos, mismos que le han sido reconocidos, por lo tanto nos permitiremos invocar diversos preceptos legales, en los cuales se contiene una igualdad del hombre y la mujer.

Comenzaremos por citar el artículo 1 de la Constitución Federal, ya que dicho precepto, establece que TODO INDIVIDUO, gozará de las garantías individuales que otorga la propia Constitución. Es decir, el vocablo individuo debe entenderse como cualquier ser humano, es decir como cualquier persona, dentro de las cuales quedan incluidas, tanto las mujeres como los hombres; es decir la Carta Magna les otorga igual trato; y tan es así que de manera categórica, en su último párrafo de este artículo, prohíbe la discriminación de cualquier índole, es decir no puede hacerse discriminación por razón de género, y hacer menoscabo en sus derechos.

Otro artículo, de la Constitución Federal, en el que observamos la igualdad de los sexos es el artículo 3, que consagra la garantía que tiene todo individuo a recibir educación. Como se aprecia, el dispositivo hace referencia de nueva cuenta al vocablo individuo, el cual, como ya expresamos, lleva implícito a las mujeres y a los hombres, y en general a toda persona.

Pero sin duda el que mejor expresa la igualdad que tiene el hombre y la mujer ante la ley es el artículo 4 de nuestra Constitución, mismo que en su parte conducente dispone, lo siguiente:

“Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley...”

Este artículo es sin duda la expresión más clara y contundente del legislador, respecto al plano que tienen la mujer y el varón, que es sin duda, el plano de la igualdad, que es por mucho, el principio que toda sociedad debe tener.

Siguiendo con nuestra ley fundamental, tenemos que el artículo 12, reconoce una igualdad de las personas en su aspecto social, lo que atrae aparejada una consecuencia capital: la negativa a reconocer y otorgar privilegios o prerrogativas a unas personas-los nobles, o sean aquellos a los que se considera principales en cualquier línea-, que son negados a otros-los plebeyos, o sea los que pertenecen al llamado estado llano-, situación tradicional al que colocaban jurídicamente a los primeros por encima de los últimos. Desde luego, no debe interpretarse esta disposición en el sentido que establezca una prohibición de carácter, constitucional para otorgar menciones honorables, reconocimientos públicos o distinciones humanísticas o académicas para aquellas personas que se han hecho merecedoras de este destacamiento, ya que todo lo anterior de ninguna manera se traduce en un privilegio o prerrogativas que la persona distinguida pueda hacer valer frente a sus conciudadanos; o sea que concluye permitiéndole a ella algo que se prohíbe para todas las personas que no han sido objeto de distinción.

Complementando lo anterior tenemos que, en términos de la fracción I del apartado B) del artículo 37 de la propia Constitución establece, que cuando se aceptan o usan títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, traerá como consecuencia la pérdida de la ciudadanía. "Esta es la razón por la cual el otorgamiento de reconocimientos, condecoraciones u otras preesas por gobiernos extranjeros a ciudadanos mexicanos, como reconocimientos de la conducta de éstos en el establecimiento de relaciones entre nuestro país y aquel otro que otorga la distinción, o por las labores en la difusión de la cultura o, finalmente, por cualquier actividad que aliente las relaciones solidarias o amistosas entre los países, obliga a los así honrados a pedir permiso al Congreso de la Unión- y en sus recesos a la Comisión Permanente-, para aceptarlas y usarlas."³³

El artículo 13, como una garantía del orden jurídico para evitar juzgamientos por leyes privativas o por tribunales especiales, negando los fueros privilegiados a las personas o corporaciones, y que concluye igualando a éstas.

El artículo 28, es un artículo complejo, ya que fundamentalmente combate el monopolio, para permitir la libre concurrencia, al menos bajo la redacción que primitivamente se ideó. Pero si se opone a los monopolios es porque pretende igualar a los individuos en sus actividades, principalmente las económicas, en forma tal que evite privilegios o exclusividades, que sería tanto como permitir a algunos algo que prohíbe a otros. En pocas palabras iguala las oportunidades para todos.

CASTRO Y CASTRO, Justino V. Garantías y Amparo, 9ª edición, México, Porrúa, 1996, p. 197.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como observamos la Ley Máxima contiene diversas disposiciones, en las cuales claramente apreciamos la igualdad de derechos que tiene la mujer y el varón; y como consecuencia de ello, las diversas leyes secundarias o reglamentarias, recogen dicha garantía, y así tenemos por ejemplo, que en el Código Civil del Distrito Federal, se recoge dicha garantía, en los artículos 2 y 20, los cuales disponen lo siguiente:

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

"Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados."

Los anteriores preceptos son muy claros y contundentes en lo referente a la igualdad del hombre y la mujer, el primero de ellos no necesita ninguna explicación, dada la forma en que fue redactado, resulta en demasía entendible para todos.

El segundo de ellos, si bien es cierto que no expresa con claridad las palabras hombre y mujer, emplea las palabras "a favor del" e "interesados", las cuales llevan implícitamente al hombre y la mujer, entre otros como lo son las personas jurídicas.

Ahora bien dicho código en su parte del Derecho de Familia, resulta congruente con sus disposiciones, y para ello analizaremos algunas de ellas, comenzando con el matrimonio, en el cual observamos que los cónyuges tienen la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar, a darse alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, es decir, AMBOS deben de aportar al sostenimiento del hogar; respecto a los alimentos tenemos que tanto el varón como la mujer deben darse alimentos, así como los mismos deben distribuirse dicha carga respecto de los hijos; supuesto previstos en los artículos 164 y 302, respectivamente, del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, respecto al divorcio tenemos que, cualquiera de los cónyuges puede demandarlo, únicamente con la condición de que no sea el cónyuge que haya dado lugar a la causal que se invoca, según lo dispone el artículo 278 del Código en cita.

Respecto a nuestro tema, tenemos que en la patria potestad, que es el conjunto de derechos y obligaciones que el padre y la madre tienen, con respecto a sus hijos menores no emancipados, la ejercen simultáneamente, es decir tanto la mujer y el hombre la ejercen, como lo dispone el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo como ambos la ejercen, también a cualesquiera de ellos puede suspendérselo de su ejercicio, o perderlo.

En el concubinato tenemos que, se generan derechos y obligaciones recíprocos, esto es, rigen todos los principios inherentes a la familia en lo que fueren aplicables, tal y como lo disponen los artículos 291 bis y 291 ter del Código Civil para el Distrito Federal. Además, el concubinato genera la obligación entre los concubinos, la obligación de darse alimentos, de igual forma se generan derechos sucesorios, lo cual significa, que tanto el concubinario, como la concubina, pueden heredar del otro. Otra disposición respecto al concubinato en la que apreciamos la igualdad de los sexos, es la contenida en el artículo 291 quintus, dicho precepto dispone que cuando al cesar la convivencia la concubina o el concubinario que carezca de bienes o ingresos para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.

Otra figura que expresa la garantía de igualdad entre el varón y la mujer, es la de la Adopción, en la cual se permite, que de manera individual puedan realizarla, siempre y cuando cumplan con las exigencias legales; o bien, si el varón y la mujer se encuentran unidos en matrimonio lo pueden realizar de manera conjunta, siempre y cuando los DOS estén conformes en considerar como hijo al adoptado; situaciones previstas, en los numerales 390 y 391, respectivamente, de la ley en consulta.

Las mismas disposiciones las encontramos en el Código Civil para el Estado de México en sus numerales 2.1, 2.5, 4.18, 4.89, 4.128, 4.204.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

No sólo el Derecho de Familia contiene disposiciones igualitarias entre el varón y la mujer, por ejemplo, nuevamente, en la Ley Federal del Trabajo tenemos que dicha ley de manera expresa establece la igualdad entre ambos sexos, según lo dispone el artículo 7 de dicho ordenamiento. El artículo 8 de la ley en consulta dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 8. Trabajador es toda aquella persona física que presta un servicio personal y subordinado a otra persona física o moral, a cambio de una remuneración”

Como se aprecia de dicho artículo, se reconoce la igualdad de la mujer y el hombre para desempeñar una actividad productiva, la cual tiene su naturaleza en el artículo 5 de la Constitución Federal.

Otra ley donde observamos igualdad entre el hombre y la mujer, es el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual fue publicado en la gaceta del Distrito Federal de fecha 29 de Abril del dos mil dos, entrando en vigor el día 3 de Noviembre del mismo año; dicho Código Penal establece las conductas catalogadas como delitos, entre las cuales observamos que en ciertos de ellos como lo es el caso de la violación, dispone, que dicho hecho delictivo, se actualiza cuando una persona a través de la violencia tiene cópula con otra persona de cualquier sexo. Es decir la violación, se puede realizar tanto en el hombre como en la mujer, pudiendo ser el sujeto activo cualquiera de ellos.

3.5 ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para entender este tema debemos comenzar por explicar que es la anticonstitucionalidad, y para cuyos efectos, tenemos que el prefijo anti, denota oposición o contrariedad.

Ahora bien, debemos distinguir perfectamente a la anticonstitucionalidad de la inconstitucionalidad, ya que es común que dichos términos sean confundidos y se utilicen como sinónimo, lo cual es absolutamente inadmisibile.

En efecto, no debemos utilizar a la anticonstitucionalidad, como sinónimo de inconstitucionalidad, toda vez que el término anticonstitucionalidad, como anteriormente lo expresamos, significa ir en contra de la Constitución, es decir, que una ley es anticonstitucional cuando, parte de ella o en su totalidad, se encuentra en contraposición a lo expresamente establecido por dicha ley fundamental; en tanto que la inconstitucionalidad implica un actuar totalmente fuera de ella, es decir, que una ley o parte de sus disposiciones infrinja las normas establecidas o los principios consagrados en la Constitución de la República

Entendida la figura de anticonstitucionalidad, tenemos que estudiar el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal, que es en dicho precepto en el cual los jueces fundan sus determinaciones, ya provisionales, ya definitivas, para decretar a favor de la madre, la guarda de sus hijos.

Este precepto ha sido objeto de algunas reformas a lo largo de su existencia, en sus diversas fracciones que contiene, ya como derogaciones, modificaciones, o adiciones, como las siguientes:

En 1954, se modifico la fracción II, quedando de la siguiente forma: II.- Proceder por cuanto a depósito o desaparición de los cónyuges en los términos del Capítulo III, Título V del Código de Procedimientos Civiles. Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de enero de 1954, entrando en vigor diez días después de su publicación.

En 1974, se derogó la fracción I, y se modificaron las fracciones II y IV, para quedar de la siguiente forma:

I.- Se deroga.

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III.-...

IV.- Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;

Publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 31 de diciembre de 1974, y entrando en vigor sesenta días después de su publicación.

En 1983, se modifica la fracción VI, haciéndole la siguiente adición:

VI.-...

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

Adición que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1983, entrando en vigor a los noventa días de su publicación.

Con fecha 13 de diciembre de 1997, se le agregó la fracción VII, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1997, y entrando en vigor a los treinta días siguientes.

Dicho precepto con las reformas que ha sufrido, actualmente se encuentra de la siguiente forma:

"Artículo 282. - Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga los hijos, cual de los cónyuges continuará en la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que está dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código.

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozcan que tiene bienes.

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

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

VI.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

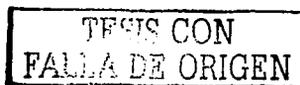
VII.- En los casos en que el Juez de lo Familiar, lo considere pertinente de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; y
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a la distancia que propio Juez considere pertinente;

VIII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubiesen otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código:

IX.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X.- Las demás que considere necesarias."



Como se puede apreciar, las reformas que se le han hecho al citado artículo, son con el propósito de intentar la mayor igualdad entre los cónyuges, durante el procedimiento de divorcio, intención que no se logró en la fracción V del artículo en comento, ya que como se verá más adelante, dicha disposición, es anticonstitucional, porque viola la garantía de igualdad que entre el hombre y la mujer debe guardarse.

Todas y cada una de las fracciones contenidas en el artículo 282 del Código Civil, son medidas precautorias, que deben tomarse única y exclusivamente en el procedimiento de divorcio, entendiéndose por medida provisional lo siguiente: " la providencia cautelar nace de la relación entre dos términos: por una parte, de la necesidad de que, para ser prácticamente eficaz se dicte sin retardo; y, por otra parte de falta de aptitud del proceso ordinario para crear, sin retardo la providencia definitiva." Es decir, tenemos una medida de anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.

En la práctica jurídica, cuando los padres de los menores, sostienen una contienda, para ver quien de ellos ejercerá la custodia, el juzgador, con las amplias facultades que la ley le concede, en tratándose de la familia, y en especial de los menores, invoca, para decretar la guarda provisional o en su caso la definitiva del menor, la fracción V del artículo 282 del Código Civil que a la letra dice:

"Artículo 282. Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme alas disposiciones siguientes:

.....

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor resolverá lo conducente.

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

En primer término apreciamos que el artículo se refiere única y exclusivamente a los casos de divorcio, por lo tanto cualquier otra situación no debe ser regulada por dicho precepto, toda vez que el mismo no lo contempla; de ahí que cuando los Jueces invocan dicha disposición, cuando no se trata de casos de divorcio, estén violando la garantía de exacta aplicación de la ley.

No pasamos por alto el hecho de que los Jueces de lo Familiar gozan de las más amplias facultades para actuar de oficio en los asuntos de la familia y en especial tratándose de menores, pero ello no implica la aplicación de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal de manera por demás abusiva, y peor aún, en los casos que no surte efectos, por no ser el supuesto a que se refiere dicha norma. Por lo anterior concluimos que la forma de aplicar dicha disposición es inexacta, cuando se invoca en asuntos que no son de divorcio, y que sin embargo se encuentran en disputa el derecho para tener bajo la guarda del menor; y debido a lo anterior y

haciendo una sana interpretación de dicha norma tenemos que sólo debe aplicarse a los casos de divorcio, por así prescribirlo dicho numeral. De lo contrario, el legislador, no hubiese hecho distinción al referirse " desde que se presenta la demanda de divorcio...", es decir, únicamente regulo la situación del matrimonio, más no así de aquellas otras situaciones como lo es el concubinato, pues de lo contrario no hubiese hecho la distinción a que hemos aludido.

Ahora bien tampoco puede admitirse el principio que muchos juzgadores emplean para justificar la aplicación de dicha fracción, en los demás casos en que se disputa la guarda y custodia de los menores, el cual consiste en que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición; principio que es usado de manera indiscriminada, puesto que, primeramente la fracción VI del artículo 282 del Código Civil fue creada única y exclusivamente para los casos de divorcio; en segundo lugar no existe una misma razón, ya que partimos del hecho de que los padres no se encuentran en matrimonio.

Comenzando con el análisis de la fracción V del citado precepto, tenemos que primeramente establece, que se pondrán a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado. Tal disposición es totalmente absurda y antijurídica, toda vez que el cuidado de los hijos es una obligación de los padres, y el hecho de que se encuentren en controversia, no los exime del cumplimiento de sus obligaciones, como lo es el de cuidar a sus hijos, aún cuando se encuentren en el procedimiento de divorcio, de lo contrario se estaría privando del derecho a los hijos, de estar al cuidado de sus padres, y en este sentido, se suspendería la obligación de los padres de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuidar a sus hijos; por lo que tal disposición es totalmente absurda e ilegal; y, el hecho de que la misma disposición inmediatamente después haga alusión que la persona al cuidado de la cual deben estar los hijos de los contendientes, puede ser uno de los mismos, refuerza lo absurdo y contradictorio de tal disposición, puesto que resulta antagónico de los principios fundamentales de la patria potestad, que es el hecho de que la misma es irrenunciable, y por ende, sus deberes y obligaciones que de la misma emanan, lo son también, por lo que de ninguna manera debe permitirse que aún, cuando los progenitores se encuentren en procedimiento de divorcio, deben ser ellos quienes deben estar al cuidado de sus hijos, y no terceras personas, sin importar el parentesco, o no de las mismas con los hijos. Por lo que consideramos que la parte inicial de dicha fracción es absurda y contradictoria con el propio código, de tal suerte que creemos necesaria una modificación.

En efecto consideramos una modificación a dicha disposición, en el sentido de que se haga la distinción en que los hijos, se pondrán al cuidado de una tercera persona, siempre y cuando sea lo más benéfico para el menor; de tal suerte que se cumpla con el espíritu del legislador, porque de lo contrario, y como se encuentra actualmente redactado el artículo, resulta a todas luces contradictorio, por las razones anteriormente expresadas.

El mismo destino debe seguir los siguientes supuestos, toda vez que en caso de desacuerdo de los cónyuges, el actor propondrá la persona, en cuyo poder deben quedar los hijos. Al respecto debemos reiterar que los hijos deben, en todo momento, salvo peligro para los mismos, estar al cuidado de sus padres, y nunca de otras personas. A mayor abundamiento tenemos que

las obligaciones de los padres respecto con sus hijos no son renunciables, y por tratarse cuestiones de interés público, tenemos que el Estado debe en todo momento, cuidar el interés superior del menor, y también de la familia; por tanto tal imperativo, resulta contradictorio con lo dispuesto por el artículo 6 del Código Civil, mismo que a la letra dice:

“Artículo 6º. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

En el presente caso tenemos que la fracción V del artículo 282 del Código Civil, en su parte conducente, es contradictoria, al señalar que el actor, propondrá la persona bajo la cual permanecerá el menor, privando así, aunque sea de manera temporal, el derecho que tienen los hijos de permanecer al cuidado de sus padres.

Ahora bien, el legislador de manera absurda permite que otra persona cuide a los hijos de los contendientes, cuando sabemos que sólo los derechos privados son renunciables, y por ende, la patria potestad y sus deberes obligaciones, que por tratarse de disposiciones del orden público, no pueden ser renunciables, ni mucho menos suspendidas. Es decir, si el legislador intentó preservar el interés de los menores, no la ha cumplido, toda vez que reiteramos que tal disposición debe ser modificada, en el sentido de que otra persona pueda cuidar a los menores, siempre y cuando sea lo más benéfico para ellos.

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien el legislador, señala en la parte final del primer párrafo, de la fracción en estudio, que siguiendo los lineamientos del Código de Procedimientos Civiles, resolverá lo conducente tomando en cuenta la opinión del menor. Tal disposición es insuficiente, toda vez que el hecho de tomarse en cuenta la opinión de los menores para ver con quien se les deja a su cuidado, durante el procedimiento de divorcio de sus padres, es decir, lo anterior implica una capacidad de discernimiento de los menores, para saber con quien de sus padres, realmente les conviene quedar a su cuidado, ya que los menores son muy susceptibles de ser manipulados, y muchas veces su opinión resulta ser muy inverosímil, en el sentido de que su opinión pudo ser producto de las recientes convivencias con sus padres, pero sin que la misma sea objetiva para saber lo que mejor le conviene. Aunado a lo anterior tenemos que el legislador no ha sabido con exactitud, cual es la edad mínima para que un menor de edad pueda discernir con quien de sus padres le conviene vivir. En efecto, tenemos que la propia fracción anteriormente establecía la edad de siete años; las diversas legislaciones estatales se encuentran en contraposición, con lo que estatuye actualmente la fracción en estudio, y más aún la propia jurisprudencia ha establecido diversa edad, lo cual de ninguna manera puede admitirse; así verbigracia, tenemos, el artículo 118 del Código Familiar del Estado de Hidalgo que dispone lo siguiente:

“Artículo 118. La patria potestad de los hijos quedará a cargo del cónyuge inocente, salvo el caso de los menores de CINCO AÑOS que siempre estarán bajo la custodia de la madre, excepto que tenga notoria mala conducta.”

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial:

Octava Época**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito****Fuente: Semanario Judicial de la Federación****Tomo: IV Segunda Parte-1****Página: 325**

MENORES. CUSTODIA DE LOS. DESPUES DE LOS SIETE AÑOS. El hecho de que un menor tenga más de siete años no es obstáculo para conceder a la madre su guarda y custodia provisional, pues al estar el hermano menor de esa edad bajo la custodia y guarda de la citada madre, es evidente que dada la minoridad mencionada es conveniente que ambos hermanos permanezcan al lado de su madre, pues es esta quien puede proporcionarles los cuidados necesarios para su salud y bienestar.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 715/89. Lourdes Martínez Camarena. 6 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

Ahora bien, entrando al análisis del último párrafo de la fracción II del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Artículo 282.....

VI...

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

Tenemos, que tal parte de dicho precepto es sumamente criticable por las razones siguientes:

A.- Primeramente señala que "Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos...". Tal contexto es del todo gravísimo porque el legislador no puede poner en peligro al menor, ni mucho menos que la o las causas que exponga el otro cónyuge, en su demanda de divorcio, respecto de la guarda del menor, lleguen a consumarse. Partimos del hecho que la palabra peligro, significa riesgo inminente, es decir, situación desagradable por la que pueda pasar el menor, y en tal sentido el Juzgador no debe permitir ninguna situación desagradable hacia la persona del menor, porque la misma puede acarrear consecuencias gravísimas para el menor, por lo que la palabra grave es del todo ociosa, porque todo peligro se presume grave por lo que la redacción en este sentido deja mucho que desear.

En esta guisa, tenemos que, la palabra grave, en la forma empleada por el legislador, se refiere a un daño de extrema naturaleza, lo cual significa, que el cónyuge que pretenda obtener la guarda del menor, deberá demostrar de manera contundente tal situación, de tal suerte que la cusa o motivo de peligro "grave" en la que se encuentre el menor puede llegar a consumarse, lo que evidentemente, el Derecho, ni nadie debe permitir.

B.- Respecto a que todos los menores de doce años deben permanecer junto a la madre, debemos decir que tal disposición es a todas luces anticonstitucional, absurda y sobre todo perjudicial para los menores, debido a que en primer término observamos que el artículo 4 de la Constitución General de la República, claramente establece:

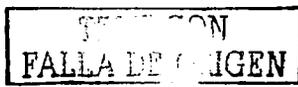
"Artículo 4°. El varón y la mujer son iguales ante la ley..."

En este sentido tenemos que en rango Constitucional, el varón y la mujer son iguales ante la ley, por lo que las leyes que de la misma emanen deben vigilar que se cumpla tal disposición, de lo contrario estarán en contradicción con a ley fundamental y por lo tanto carecen de aplicabilidad.

De igual forma, y en estricto cumplimiento y concordancia al artículo 4 de la Constitución Federal, tenemos que el artículo 2o del Código Civil, textualmente dice:

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

De tal numeral, tenemos que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, por lo que su capacidad jurídica es igual para ambos, de tal suerte que por ningún motivo, ya sea físico, mental, moral o de cualquier otra índole, principalmente por razón de su SEXO, se pueden restringir sus derechos, en los cuales obviamente se encuentran comprendidos los inherentes a la patria potestad, y en consecuencia los de la guarda. Así pues, vemos que el propio Código Civil es contradictorio, porque por una parte señala en el precepto legal antes invocado, no habrá distinción, ni mucho menos restricción de derechos por razón de sexo, siendo el caso que el artículo 282 del mismo ordenamiento señala que los menores de doce años permanecerán con su



madre, situación que evidentemente es una restricción a los derechos del hombre, debido a que el Código Civil, está limitando su derecho de patria potestad, en razón de su sexo, porque según el propio Código, así como la jurisprudencia, señalan que tradicionalmente la madre es la persona encargada del cuidado, educación, y bienestar de los hijos, situación que paulatinamente ha ido disminuyendo a tal grado de que las mujeres, se encuentran fuera del hogar realizando diversas actividades en las cuales las principales, es por estar trabajando, con objeto de tener los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades de ellas mismas y de sus menores, situación que de ninguna manera debemos criticar, por la simple y sencilla razón de que es una actividad encaminada al bienestar de la familia y sobre todo de los menores. Sin embargo, tal situación implica, en la mayoría de los casos, que las madres se encuentren fuera del hogar, y por ende, los hijos se encuentren al cuidado de otras personas, que no sean los padres, las cuales no les podrán brindar los mismos cuidados y atenciones que los padres deben otorgarles, sobre todo en el plano de la educación y disciplina. En estas circunstancias la mujer se encuentra en suma ventaja que el varón, debido a que tales acontecimientos de ninguna manera ponen en peligro la integridad física y moral de sus hijos, y que lejos de ser una situación perjudicial para la madre, en el sentido de verse afectada en sus derechos respecto a sus hijos, los fortalece, según el siguiente criterio jurisprudencial:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: I Primera Parte-1
Página: 363

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. NO ES CAUSA DE SU PERDIDA EL QUE LA MADRE ESTE FUERA DE SU CASA, TRABAJANDO PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES. El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre de un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, de ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor.

Amparo directo 5401/87. Ofelia López Mimbela. 13 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón.

Informe de 1988. Tercera Sala, tesis 142, p g. 168.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Octava Época. Tomo I. Primera Parte-1, p g. 363.

Amparo directo 6708/85. Blanca Estela Medina León. 9 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época. Volúmenes 217-228. Cuarta Parte, p g. 238.

Amparo directo 3607/84. Fausto Eduardo Flores Aguilera. 7 de julio de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Alma Leal de Caballero.

Séptima Época. Volúmenes 205-216. Cuarta Parte, p g. 131.

Nota: En los volúmenes 205-216, p g. 131, esta tesis apareció bajo el rubro: "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA."

Como podemos apreciar la actividad laboral y demás actividades encaminadas a obtener beneficios económicos, son vistas de manera flexible

tanto por el Juzgador como por la jurisprudencia, situación que, increíblemente, no acontece con el varón. Esto es realmente inexplicable, debido a que los juzgadores, así como la jurisprudencia, ven la actividad laboral de la mujer como algo relevante, más no así en el sexo masculino, el cual por tradición, es la persona que soporta la carga económica de la casa, pero de ninguna manera los juzgadores la consideran relevante como en las mujeres. Siendo esta la situación medular del presente trabajo, porque por un lado ciertas actividades que tanto el varón como la mujer realizan, y que van encaminadas al bienestar de la familia, cuando esas mismas actividades se realizan cuando los cónyuges se encuentran en controversia, de ninguna manera se ven en la misma forma.

Al respecto tenemos que decir, porque si la mujer invierte el mismo tiempo, o a veces hasta más, en su trabajo que el varón, debe tenersele por algo admirable, y que el Juzgador así lo valora, y que no pone ningún obstáculo para ello, como lo pueden ser qué persona o personas están al cuidado de los hijos mientras ellas realizan esas actividades, en el caso de que los hijos no estén en edad escolar. En el caso de que estén en edad escolar, y que sus actividades coincidan con las escolares, veremos que ante tales circunstancias, obviamente no pueden afectar a los menores, al igual que si los hijos se encontraran al cuidado de los hijos. Todo ello es evidentemente en beneficio de la madre y no así del padre por razones inexplicables, sin que sea suficiente la celebre y muy trillada frase de que "sólo ella puede brindarle los cuidados que necesita".

Asimismo tenemos que la disposición es perjudicial para los menores, porque cuando estos tienen una capacidad suficiente de discernimiento, para percibir

y decidir su bienestar, no pueden elegir con quien de los padres desean permanecer durante el procedimiento, y que si bien es cierto tendrán el derecho a la visita y convivencia con el que no sea el encargado de la guarda de los mismos, ello no implica un bienestar absoluto de los menores, si tomamos en cuenta que en sí la situación de ver en sus padres en disputa, y a ellos como uno de los objetos de esa disputa, es del todo molesta. le agregamos que no están a lado del padre que ellos consideran que van a estar mejor. por lo que dichos menores se encontrarán ante una situación sumamente difícil, lo que puede reeditar de manera negativa en su persona.

C.- Ahora bien, porque de manera contradictoria, la fracción en análisis, tajantemente ordena que los menores de doce años deben permanecer con su madre, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los mismos, cuando en fracciones anteriores permite a los padres decidir de manera convencional quien de ellos deberá ejercer la guarda de los menores, e incluso, se llega al increíble de escoger a persona distinta de los mismos ", lo que nos hace llegar a la conclusión de que el legislador en esta sentido y ante el divorcio de los padres los menores son los más desprotegidos, situación que de ninguna manera debe permitirse, de tal suerte que si los cónyuges no llegan a ese acuerdo, el actor propondrá la persona bajo la cual estará en guarda el menor, tomándose en cuenta la opinión de este, más no así del demandado, circunstancia que también es en perjuicio del menor, ya que si éste no está de acuerdo con la persona propuesta por su padre, el Juez determinará, y su resolución de una u otra forma afectará al menor, cuando no coincida con lo manifestado por éste respecto a la persona con la cual deba permanecer durante el procedimiento de divorcio de sus padres.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por todo lo anteriormente expuesto, tenemos que la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal es anticonstitucional, por ir en contra del principio fundamental de que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, y que por razón de su sexo, no debe restringirse el derecho del varón para tener bajo su guarda a sus hijos menores, cualquiera que sea su edad, todo ello bajo el presupuesto de que el padre es realmente una situación benéfica para los menores, personas estas que al fin y al cabo van a ser las más beneficiadas o perjudicadas, según el caso.

Ahora bien, la fracción en estudio resulta inconstitucional, además, porque toda medida provisional está encaminada a salvaguardar derechos o intereses, que por la naturaleza del procedimiento a seguir, no pueden esperar hasta la resolución definitiva; tal es el caso de los alimentos; sin embargo en tratándose de menores, no debe aplicarse de manera extralimitada, en el sentido de que por el sólo hecho de solicitarlo el actor, deba concedérsele, más aún si el actor es la madre, es decir, los juzgadores, de manera increíble, y automáticamente le conceden a la madre la guarda y custodia del o los menores; sin embargo pasan por alto el trasfondo del asunto, el cual se traduce el porque el padre los tiene, y porque ahora la madre los quiere consigo; en efecto, los juzgadores no analizan a fondo tales circunstancias, y mucho menos las toman en cuenta, trayendo como consecuencia la práctica viciosa e ilegal, que por el sólo hecho de solicitarlo la madre le debe ser concedido de manera automática y sin más razón.

La anterior determinación resulta anticonstitucional porque es de recordarse que en términos del artículo 14 de la Constitución Federal, nadie podrá ser privado de sus derechos o posesiones, sino mediante juicio seguido ante los

tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En este sentido tenemos que la determinación de un juzgador cuando decreta la guarda y custodia en favor de la madre, constituye una violación a dicho artículo Constitucional; toda vez que constituye un acto privativo, consistente en el no-ejercicio de la patria potestad respecto a la persona del menor, es decir la guarda y custodia la ha sido arrebatada, sin que se haya seguido un juicio en su contra, menos aún ha sido escuchado y vencido en el mismo. Es decir, no se ha cumplido con el mandato constitucional, toda vez que no se han cumplido con las formalidades esenciales del procedimiento, consistentes en un emplazamiento, la existencia de pruebas, y menos aún, una resolución debidamente fundada y motivada; requisito que debe contener toda resolución emitida por cualquier autoridad, como lo dispone el artículo 16 de la Carta Magna. Situaciones que demuestran la anticonstitucionalidad de dicha fracción y sobre todo de aquellas resoluciones emitidas por los juzgadores.

Complementa la nefasta práctica en comento, las medidas o medios de apremio que emplean los juzgadores para que el padre entregue a los menores, las cuales se encuentran previstas en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

"Artículo 73. Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

- I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61. la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;
- II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;
- III. El cateo por orden escrita; y
- IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.”.

Como se aprecia los medios de apremio previstos, son severos, los cuales sin duda son necesarios; pero en asuntos de guarda y custodia, en que un padre únicamente se encuentra ejerciendo su derecho de patria potestad, en el cual le ordenan entregue a sus hijos menores, apercibido que en caso de no hacerlo así, le será aplicada alguna de las medidas de apremio antes transcritas, no debe ser empleados de forma abusiva, ya que el sólo hecho de la orden de entrega de hijos, para el padre, resulta por demás grave, por no haberse cumplido con las exigencias legales; y si a ello se le complementa una medida de apremio, se pone en absoluto estado de indefensión al padre.

Pero lo más importante es que esa práctica que se tiene de concederle a la madre la guarda y custodia de los menores, no cumple con lo más importante del caso, que es sin duda el interés del menor; porque como ya lo explicamos, en los asuntos en que el padre tiene a los menores, y la madre de ellos solicita le sea otorgada la guarda y custodia de los mismos, le es concedida de manera automática, sin que importe los antecedentes del

porqué el padre los tiene, cuanto tiempo ha pasado sin que los tenga a su cuidado, si ha o no cumplido con sus obligaciones de madre, si en verdad, es lo más benéfico para los menores.

No pasamos por inadvertido que el juzgador actúa conforme a lo que le exponen las partes; sin embargo en asuntos de menores con las amplias facultades que la ley le concede al juzgador, creemos, y que es una de las sugerencias que hacemos en el presente trabajo, es la de que previo a determinar a quien de ellos le es otorgada la guarda y custodia, deberá citarlos en audiencia, e incluso, citar al o los menores si ello es necesario, para que dentro de toda su controversia y orgullo personal, hacerles entender la trascendencia que tiene, el hecho de a quien de ellos le será otorgada la guarda y custodia, así como las consecuencias que ello acarreará respecto del otro a quien no le fue concedida. Es decir la función del juzgador debe ir encaminada siempre a salvaguardar el interés del menor, aún cuando ello implique ir en contra de la voluntad de los padres.

CAPITULO CUARTO

REGULACIÓN JURÍDICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

En el Capítulo Segundo del presente trabajo hemos hablado de la patria potestad, su fuente, contenido así como la forma de suspenderse, terminarse o perderse la misma; y que dentro del contenido de esa patria potestad, está la guarda y custodia, tema al cual nos hemos referido de manera breve; para la comprensión de los anteriores temas, y que para abundar sobre los mismos, estudiaremos a fondo lo que implica la guarda y custodia de los menores, y sobre todo, su importancia.

4.1 CONCEPTO DE CUSTODIA Y GUARDA

CUSTODIA.- "Proviene del latín custos que significa guarda o guardián y ésta a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa."³⁴

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

³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 8ª edición. Mexico, Porrúa, 1995, p. 807.

El Maestro Chávez Asencio nos dice que: "la custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar."³⁵

Las diferentes acepciones de la palabra custodia nos indican que el objeto de la misma es la conservación, defensa, cuidado, protección y vigilancia de una cosa.

Trasladada esta acepción al Derecho de Familia, y siendo la consecuencia más importante de la patria potestad, adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, dirección y vigilancia de los menores.

La custodia importa un desmembramiento del ejercicio de la patria potestad en cuanto a la atribución de algunas de las facultades y deberes que comprende aquella, sujeta a la vigilancia o contralor de quien ostenta el ejercicio de la patria potestad.

La custodia de menores es el primer deber de los padres en relación con sus hijos no emancipados, la cual significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado, y que se cumple con atención, amor y respeto a la personalidad del menor. dentro del derecho de custodia se encuentran comprendidos otros deberes y derechos correlativos, como resultado de la relación paterno-filial existente entre los padres y sus hijos.

³⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*. 4ª edición. México, Porrúa, 1997, p. 301.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCEPTO DE GUARDA

Colin y Capitant al referirse al tema expresaba que es el derecho de los padres sobre la persona del hijo, y comprende el derecho de guarda y de dirección por una parte, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial —el derecho de corrección—. El derecho de guarda supone como consecuencia la dirección del hijo; el derecho y deber de vigilar sus relaciones, de prohibir todo aquello que los padres consideren desventajoso para el desarrollo físico y moral de los menores, de velar por su instrucción, de observar su correspondencia y, por parte del hijo, es la obligación de no abandonar la casa paterna sin permiso de los padres, para que estos puedan responsabilizarse de la dirección, la que es inherente a la custodia, ya que es necesaria la obediencia del menor hacia ellos.

Para el argentino Julio J. López del Carril, la guarda: "comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual."³⁶

Así cuando se confiere el derecho de guarda, se otorga sólo la dirección y el cuidado de los hijos; pero no se proporciona la administración de sus bienes ni la representación del menor.

³⁶ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, p. 280.

Desde otro punto de vista, podríamos considerar a la guarda como una cuestión de hecho, en cuanto a la separación no judicial de los padres y hablar de la custodia como una separación legal, judicialmente hablando de los mismos y tomando en cuenta las circunstancias que dieron origen a la misma.

Dentro de la doctrina moderna, el derecho de guarda comprende tres medios esenciales de gobernar al hijo, la educación, la vigilancia y la corrección, y que para su cumplimiento debe ser en el ambiente más idóneo, que es el de la familia, ya que el hogar familiar es el lugar más adecuado para la vida del menor. Esta obligación se cumple teniendo a los hijos en el hogar, por lo que los menores deben habitar en el hogar de quienes ejercen la patria potestad y el domicilio de los padres es al mismo tiempo el domicilio legal de los hijos.

Barcia nos dice: "El que guarda, defiende. El que custodia, patrocina. La guarda es garantía. La custodia homenaje"³⁷

Para discernir entre la custodia y la guarda, recurriremos a la legislación de Nueva Zelanda, la cual señala en el Acta de Guarda de 1968, que entró en vigor el 1° de enero de 1970, y que era un código que cubría todos los aspectos de la guarda, custodia y acceso. En la sección 3 hace referencia a la custodia, que significa simplemente el derecho a la posesión y cuidado del niño; mientras que la guarda es de mayor importancia e incluye no solamente a la custodia, sino también al derecho de control sobre su establecimiento.

³⁷ BARCIA, Roque. *Simón y Castellanos*. 17ª edición. Buenos Aires: Sopena, 1978, p. 203.

No obstante lo anterior, es de suma relevancia señalar, que para nuestra legislación, así como para los Tribunales, las palabras guarda y custodia, significan lo mismo, pues se refieren a ellas como un mismo deber, al establecer que la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien las ejercita.

Por lo anterior debemos concluir de manera rotunda, que la guarda de menores tiene una mayor amplitud que la custodia, la cual comprende el conjunto de derechos o funciones que corresponde al padre y a la madre a tener corporalmente al hijo con ellos, para educarlo o asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a su alimentación, a vestirlo, y a coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual, todo ello de acuerdo a las posibilidades de los padres. En tanto la custodia, es el elemento material de la guarda, que consiste principalmente en tener consigo al hijo menor, por lo tanto la custodia se subsume a la guarda del menor, es por eso que el ejercicio de la patria potestad se complementa necesariamente con la custodia de los menores.

4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La custodia constituye dentro de la estructura social, una de las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia. Porque la guarda de un menor implica el deber de dirigirlo, de proveer a su alimentación, tenerlo en su compañía y dispensarle cuidados, educación e instrucción. Esto lo justifica el hecho de quienes tienen a un menor es con la preponderante finalidad de guiarlo y protegerlo en lo esencial que es su persona.

El cuidar y proteger a un menor requiere que se le ampare, defienda y atienda, ya que él mismo por su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valerse por sí mismo; en este caso, son los que lo tienen bajo su custodia, los encargados de conservar su integridad física, intelectual y moral, a través de los instrumentos jurídicos y sociales que se les deben proporcionar para llevar a cabo esta misión.

Proteger a un menor es una de las tareas más difíciles a las que se enfrenta cotidianamente quien lo tiene bajo su custodia. Se requiere de una gran conciencia y responsabilidad, de entender lo que ello significa; porque está de por medio el futuro del niño; en la atención que reciba en esa etapa de su vida; porque es en esta en donde radica el porvenir que tendrá y la función que asumirá dentro de la sociedad.

Es pues, factor determinante, la forma como se lleva a cabo esta función por parte de quienes tienen en sus manos la protección de un menor, porque de ello depende su desenvolvimiento como persona.

Por ello, la guarda y custodia de un menor, que recordemos, tiene su naturaleza en la patria potestad, tiene sus mismas características, esto es, "irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptible."³⁸

4.3 CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Dentro de los derechos-función que tiene los padres respecto de sus hijos tenemos los siguientes:

³⁸ GALINDO GARCÍA, Ignacio, *Derecho Civil*, Op. Cit. p. 674.

CRIANZA

Crianza deriva del latín *creare*. Instruir, educar, enseñar, dirigir. Acción y efecto de criar. Época de lactancia y desarrollo de las aptitudes físicas y biológicas.

Por crianza, se entiende la acción y efecto de criar a los hijos en la época más importante de la infancia, que es la época de lactancia, que tiene como única finalidad alcanzar un mejor desarrollo en las aptitudes físicas y psicológicas del menor.

Debemos entender que criar a un menor significa ayudarlo en su crecimiento, alimentándolo, educándolo y formándole una mentalidad saludable para que posteriormente él cuente con los elementos que le permitirán desarrollar ampliamente sus facultades.

Esta obligación se encuentra prevista en el artículo 303 del Código Civil, mismo que a la letra dice:

"Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado."

Jurídicamente tenemos que, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de

embarazo y parto, como lo estatuye la fracción I del artículo 308 del citado cuerpo normativo.

La crianza, así como la educación y el cuidado, son las bases que en la familia o en otra organización social se le debe de brindar al infante: para que pueda en un futuro próximo, adecuar su conducta y adaptarse a las normas sociales imperantes en su época.

EDUCACIÓN

Proviene del latín *educatio*. Acción y efecto de educar, enseñanza y doctrina que se dan a los niños y a los jóvenes. La educación es un proceso selectivo que parte de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

El conjunto de conocimientos y formas de comportarse que el individuo selecciona y aprende a través de sus experiencias. La selección ética, intelectual, estética, técnica, etcétera, se efectúa por el propio individuo por medio del intelecto, ayudado, orientado o dirigido por la sociedad; a través de una institución básica, la familia, o por la acción de otros organismos sociales como las instituciones de enseñanza, las sociedades recreativas y culturales, las organizaciones políticas y laborales, las entidades de información, etc.

La familia primero, y la escuela después, orientan los primeros pasos del hombre en el proceso educativo.

Mientras que la familia dirige la educación del individuo, especialmente en el plano ético; la escuela se encarga de darle una preparación intelectual, que lo capacita para seguir otros estudios superiores; que al menor le permitirán situarse adecuadamente en sociedad.

En términos amplios, la educación consiste en lograr desenvolver en el educando, que habitualmente es un niño o un joven, en forma armónica e integral sus aptitudes físicas, intelectuales y morales.

“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.”³⁹

En este aspecto Mazeaud señala que la obligación de los padres de proporcionar a los hijos la instrucción debida, corresponde el derecho y deber de educarlos, puesto que la educación y la instrucción se encuentran necesariamente vinculadas, así, la persona encargada de la instrucción del menor, juega un papel importantísimo en su educación.

Advertimos que nuestra legislación positiva regula la intervención del Estado sobre los asuntos de la familia, por conducto del Ministerio Público, concretamente en lo que se refiere al descuido de los padres en la educación

³⁹ZANNOZI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Op. Cit. p. 719.

de los hijos, tiene esta institución una amplia facultad de obrar: lo anterior se logra a través del Consejo Local de Tutela.

Los Consejos Locales de Tutela creados por el artículo 631 del Código Civil de 1928, con funciones de vigilancia e información, se encuentran integrados por tres personas: un presidente y dos vocales. Expresa Ibarrola que " la función y labor de los Consejos Locales de Tutela es inoperante por la burocratización que existe y porque los funcionarios que lo integran duran en su encargo únicamente un año, tiempo insuficiente para realizar proyectos que benefician a la niñez desvalida.

Pese al descuido en que una gran cantidad de padres en el Distrito Federal tiene sobre la educación de sus hijos y a pesar de que los resultados de este descuido están a la vista de todo el mundo, este Consejo no cumplen con su misión porque no llevan una labor mínima de vigilancia sobre los padres, para que estos den debido cumplimiento a su obligación de educar a sus hijos; en sus aspectos moral, intelectual y físico.

Este derecho-función se desprende del artículo 413 del Código Civil que establece que el ejercicio de la patria potestad queda sujeta a la educación de los menores. En el mismo sentido, el artículo 422 del mismo ordenamiento establece, que las personas que tengan bajo su patria potestad o custodia a un menor incumben la obligación de educarlo convenientemente. ¿pero qué puede entenderse como convenientemente? por convenientemente, debemos entender que la educación debe darse según el sexo según la vocación y que comprende la educación física, moral y religiosa.

Dada la importancia que reviste una educación adecuada a las necesidades de un menor, concluimos que los dos organismos de control e intervención estatal en el ámbito familiar; Ministerio Público y el Consejo Local de Tutela, no cumplen con las funciones que les son designadas por nuestra legislación positiva.

La obligación de educar se refiere principalmente, en el cuidado de dirigir la educación de los hijos, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas; es la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer, el cual es un deber moral, que se atribuye a los progenitores para la misión de formar a los hijos que se procrearon, con arreglo a sus posibilidades, ya que la educación del hijo debe tender a prepararlo para una vida sana, física y moralmente, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional y formación cívica.

Educar a un hijo es ante todo instruirlo, o por lo menos darle la instrucción elemental, a través de las escuelas primarias y secundarias, las cuales se imparten de forma gratuita, ya que sin este tipo de enseñanza el menor estaría mal preparado para ganarse la vida en la sociedad en que vivimos.

La educación del menor se da primeramente en la familia, puesto que necesariamente requiere del molde formativo constituido primordialmente por la figura de sus padres, quienes son los principales y primeros educadores de sus hijos, por ser este el ambiente natural de la educación y después en la escuela, que orientan de manera conjunta los primeros pasos del menor en vida; la familia en el aspecto ético y la escuela en el aspecto intelectual, ambas con el fin de desarrollar las aptitudes físicas, intelectuales y morales

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del menor, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes, en plena armonía con las circunstancias.

Esta obligación se encuentra de igual forma establecida en la fracción II del artículo 308 del multicitado Código Civil, el cual señala que los alimentos de menores, además comprenden, los gastos necesarios para su educación, y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuadas a las circunstancias personales.

Ahora bien, tenemos que para una correcta educación de los menores, es necesario corregirlos, lo cual se encuentra debidamente previsto en el artículo 423 del código en cita, el cual faculta a los padres o quienes ejerzan la patria potestad a corregirlos, lo cual, obviamente, no implica efectuar actos de fuerza que atenten contra la integridad física o mental del menor, por ser esto un derecho de los menores, tal y como lo dispone el artículo 323 ter y el último párrafo del artículo 323 quater, ambos del Código en consulta: ya que de lo contrario estaríamos en presencia de una violencia familiar, la cual se encuentra regulada en el último de los preceptos nombrados.

VIGILANCIA

Es de suma importancia velar por un menor, porque de las medidas que se adopten para ello, depende una gran parte de su formación.

Es la infancia donde se adquieren las bases para desarrollarse, y cuando los adultos que tiene la obligación de asumir la vigilancia de un menor no lo

hacen adecuadamente va de por medio el comportamiento y la conducta que más adelante tenga él mismo.

A los padres corresponde en primer término, vigilar a su menor hijo y observar su desarrollo, porque son ellos con los que el hijo tiene un trato amplio y directo, el que tiene derecho de custodia si no viven juntos.

Si el menor, por diversas circunstancias no forma parte de una familia, entonces es la institución o la persona que lo tenga a su cargo, las que deban llevar a cabo esta función.

Este deber se refiere, al cuidado de dirigir las acciones del menor, como el de vigilar su desenvolvimiento moral, que al igual que la guarda y custodia es un derecho y una obligación, su desempeño se realiza a través de una atención cuidadosa sobre la persona del menor, como puede ser el conocer sus amistades, ver la educación que se les imparte en las escuelas y conocer la correspondencia que reciben.

El derecho de vigilancia de la conducta del menor sujeto a la patria potestad, se vincula a la vez con la obligación del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad esta sometido, ya que el domicilio hace posible la custodia del menor, según lo establece el artículo 31 del Código Civil, que lo señala como domicilio legal; la obligación del menor, de no abandonar la casa de quien ejerce la patria potestad se encuentra establecida en el numeral 421 del susodicho Código Civil, mismo que a la letra expresa:

"Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente."

Por lo anterior el deber de guarda o custodia con cargo a los padres, existe el deber de convivencia del hijo, es decir, que de ambos deberes se originan derechos recíprocos, el de los padres, el de determinar el domicilio de sus hijos y lograr que viva con ellos y el del hijo el derecho a que lo cuiden.

Esta obligación responde a la idea de control que compete a los padres, de vigilar a sus hijos evitando una conducta que pueda resultar nociva para los intereses del menor o para otras personas, y que en el caso de que los menores obrarán ilícitamente o contra las buenas costumbres, los que ejerzan la patria potestad, en esta caso sus padres, están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus hijos, en el caso de que el deber de vigilancia fuera conferido a terceras personas como en los colegios o talleres, estos asumirán esta responsabilidad, ello de conformidad con los artículos 1919 del citado código, que establece que los que ejerzan la patria potestad tiene obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

En el deber de vigilancia permite que se pueda conceder a terceras personas, según lo establece el artículo 1920 del Código Civil que dispone: Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de

talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad en cuestión.

Otra de las características que podemos encontrar dentro del derecho de guarda y custodia de menores, son la representación y el derecho de corrección.

Por lo que se refiere a la representación, diremos que siendo el menor de edad incapaz de hecho, requiere la presencia de un representante impuesto por la ley, que vendrá a suplir la incapacidad, por lo que serán sus padres de representarlos en cualquier acto, como lo disponen los artículos 414 y 427 del Código Civil para el Distrito Federal, preceptos de los cuales el primero de ellos establece que la patria potestad se ejerce por los padres; y el segundo de los preceptos claramente nos establece que los menores serán representados en juicio por sus padres.

Dichos artículos textualmente disponen lo siguiente:

"Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

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

"Artículo 427. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiere expresamente."

Como se aprecia, los padres deben ejercer la representación de los menores, por ser las personas quienes ejercen la patria potestad; sólo en caso de ausencia de los padres o por cualquier otra circunstancia, los menores serán representados por los ascendientes en segundo grado, es decir, los abuelos, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, lo que se traduce en igualdad de los ascendientes en segundo grado, respecto de quien de ellos ejercerá la patria potestad, obviamente atendiendo a las circunstancias de cada caso, y sobre todo, vigilando y procurando el interés superior de los menores.

Asimismo debemos destacar, que no sólo los padres ejercen de manera libre la representación de los menores, ya que es el Ministerio Público, quien ejerce dicha representación de los menores.

Ahora bien también debemos destacar, que si los padres, o aquellas personas que ejerzan la patria potestad sobre los menores, tengan un interés contrario a estos, los mismos no pueden ni deben continuar representándolos, por tal motivo, los menores deberán ser representados por un tutor, nombrado por el Juez para cada caso, tal y como lo dispone el artículo 440 del Código Sustantivo de la Materia, mismo que a la letra dice:

"Artículo 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso."

Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomos: III Segunda Parte-1

Página: 459

MENORES, REPRESENTACION DE, CUANDO EXISTAN INTERESES OPUESTOS ENTRE ESTOS Y QUIENES EJERZAN LA PATRIA POTESTAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). De la interpretación sistemática de los artículos 607 y 616 del Código Civil, en relación con el 762 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de Sonora, se desprende que cuando en los juicios sucesorios existen herederos menores de edad que pudieran tener intereses opuestos con quienes ejerzan la patria potestad, el Juez del conocimiento nombrará tutor, y este representará a aquellos en el juicio, pues en esas condiciones se actualiza el supuesto especial de representación a que alude la parte final del primer párrafo del primero de los artículos citados, y ante esas circunstancias es claro que son el tutor y curador designados quienes tienen la legitimación procesal activa para representar al menor, de conformidad con los numerales 607 y 762 invocados y es a ellos a quienes también corresponde la representación para administrar la guarda de los bienes del menor y por ende, los únicos que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pueden oponerse a las cuentas de administración de albacea, sin que tal circunstancia implique el desconocimiento de los derechos y deberes a que se contrae el ejercicio de la patria potestad que el padre pudiera tener respecto del menor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 139/87. Alfredo Ramos Alarcón Santini. 13 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Manuel García Valdez.

Siguiendo a nuestro ordenamiento civil, podemos establecer de forma general, los derechos-función de los padres con respecto a los hijos:

- a) Criarlos.
- b) Vivir en el mismo hogar con los hijos.
- c) Darles instrucción.
- d) Darles asistencia material, moral y espiritual.
- e) Elegir su oficio o profesión.
- f) Darles asistencia en las enfermedades.
- g) Vigilar las actividades del hijo.
- h) Controlar sus amistades
- i) Representar al hijo en todos los actos de vida.
- j) Exigir del hijo respeto y obediencia.
- k) Conceder o negar la autorización para dejar la casa.
- l) Corregirlos moderadamente.
- m) Responder por los daños inferidos.

- n) Tener el usufructo legal, con sus cargas, de sus bienes.

Como apreciamos la guarda y custodia, implican una responsabilidad sumamente complicada, toda vez que es a los padres a quienes les corresponde el castizo desarrollo físico e intelectual de los menores, de tal suerte que engendren personas útiles para la sociedad.

Y la custodia como desmembración del ejercicio de la patria potestad no comprende el ejercicio de todos los derechos-deberes que anteceden, sino algunos de ellos, ya que el ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres y sólo por muerte de éstos, a los abuelos.

La tenencia y/o custodia, designa el elemento material de la guarda, consistente principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo la patria potestad, ejercitando algunos de los derechos-función que integran la patria potestad.

Dos etapas, tiene la custodia:

- a) la provisoria;
- b) la mal llamada definitiva.

En realidad, la denominada definitiva no es tal, puesto que el principio consubstancial de la custodia es su transitoriedad. Es que se halla sujeta a su modificación cuando el principio fundamental en materia de tenencia que es

el interés del menor así lo aconseje. Toda decisión no causa estado. La totalidad de la doctrina se halla de acuerdo y también la jurisprudencia.

El interés superior del menor que es también el interés de la sociedad, domina toda la materia de la tenencia, ya sea provisional o definitiva, como asimismo el ejercicio adecuado de la patria potestad. El interés superior del menor se halla representado por el derecho de éste a su correcta formación física, moral y espiritual para lograr así en el futuro una persona normal, útil a sí misma y a la sociedad cualquiera sea el medio en que se desenvuelva. Por ello, el interés del menor hace que éste deba estar y ser ajeno a todo hecho o acto que pueda provocar distorsión en cualquier aspecto y en cualquier momento.

4.3.1 HIJOS DE MATRIMONIO.

En el desenvolvimiento normal de las relaciones matrimoniales y filiales, la guarda-custodia como elemento integrante de la patria potestad se subsume en esta, y el ejercicio de la patria potestad importa el ejercicio completo y acabado de la tenencia.

En principio, la guarda la ejercen los padres conjuntamente, ya que ambos son titulares en pie de igualdad de la patria potestad, y además porque los hijos se hallan bajo la autoridad y poder de los padres, porque les deben respeto y obediencia, además porque los hijos deben ser corregidos por sus padres de forma moderada.

En esta situación tenemos que la legislación de los diversos estados de la República, coinciden en el principio de que a ambos padres les corresponde el ejercicio de la patria potestad, y así tenemos que el Código Civil del Distrito Federal, del Estado de México, y el Código Familiar del Estado de Hidalgo; disponen respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos; corresponderá su ejercicio al otro...”.

“Artículo 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

I. Por el padre y la madre; ...”

“Artículo 247. La patria potestad se ejerce por el padre y la madre...”

Dentro del matrimonio, se presentan dos cuestiones de trascendental importancia a saber: la primera consistente cuando los cónyuges viven conjuntamente; la segunda cuando los padres se encuentran separados.

Dentro del primer supuesto, tenemos que, como ambos cohabitan, los dos tienen la guarda y custodia de sus menores hijos, de tal suerte que a los dos les corresponde determinar el domicilio en que han de habitar, tanto ellos como sus hijos, pues ello implica, como ya se expresó, establecer el domicilio legal, el cual no podrá ser abandonado por los menores, salvo permiso de quienes ejercen la patria potestad, o por decreto de la autoridad correspondiente.

La importancia de que habiten, los menores, en el mismo lugar que sus padres, es la convivencia, la cual obliga al menor a responder a ella, en la medida en que su edad y madurez lo permita, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal. Principios que se encuentran recogidos en nuestra legislación, concretamente en los artículos 323 ter, 323 quater último párrafo y 411, todos del supracitado Código Civil. Además, estas características se encuentran reguladas en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos de los niños, mismo que a la letra dispone:

“Artículo 3.

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

especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral, que en este caso, ambos padres deben realizar.

Esta misión especial de los padres, corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres. En cuanto a las facultades son recíprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

El segundo supuesto es, cuando los padres a pesar de estar casados, viven separados, en dicho supuesto, los progenitores deben convenir, respecto al ejercicio de la patria potestad, particularmente, en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

Sin embargo, tenemos que el hecho de que los padres se encuentren separados, por cualquier circunstancia, implica una fractura en caracteres, por lo tanto resulta un tanto difícil que lleguen a un acuerdo, respecto a la guarda y custodia de sus menores hijos; es en ese momento en que comienza la lucha para determinar con quien de ellos permanecerán los menores.

Por lo anterior, el legislador dispuso que es el Juez de lo Familiar quien debe resolver al respecto. Es decir como no existe un acuerdo de voluntades,

respecto a la guarda y cuidado de los menores, por parte de sus padres, debe resolver dicha situación un Juez, que aún cuando la ley lo especializa en la materia familiar, no es término pragmático, el más adecuado para ello. En efecto, el Juez de lo familiar, pese a que tiene amplias facultades en materia de menores, no puede del todo satisfacer el interés superior del menor, y ello se debe a que los padres, en su lucha de egos, no aportan elementos objetivos, para que dicho juzgador resuelva en atención al interés superior de los menores. Luego entonces, si a esta situación se agrega el letargo de los juzgadores en dichos asuntos, resulta que su resolución, es del todo pernicioso para los menores. Y no-solo la insensibilidad de los juzgadores es la que crea este ambiente en los menores; se acumula a dicha actitud, la nefasta práctica de concedérsela a la madre, bajo el argumento de que ella es la más adecuada para un buen desenvolvimiento de los hijos. Práctica que como ha sido expresada, a lo largo de esta investigación, es hoy en día, obsoleta, en razón de que ella también trabaja, también es susceptible de acumular estrés, y demás circunstancias inherentes, que terminan por que los menores no sean debidamente atendidos. Esta práctica se debe al uso inmoderado del último párrafo de la fracción V del artículo 282 del Código Civil.

Y se insiste que su uso es desmedido en razón de que dicho precepto se refiere a las medidas provisionales que debe tomar el Juzgador en asuntos de divorcio, por lo que cualquier otra situación, no debe aplicarse dicha disposición, como en el presente caso, que por tratarse de una separación de los padres, sin que medie demanda de divorcio, se rige por propias reglas y por ello, debe tratarse igualmente a la madre y al padre.

Sin embargo, pese a todo este panorama tan desalentador para los menores, dichas medidas, por tratarse asuntos de menores, son susceptibles de variación, es decir, la determinación del Juez de lo Familiar de que los menores permanezcan a lado de la madre o el padre, según el caso, aquel a quien le perjudica puede recurrirla a través de los medios de impugnación correspondiente. Pero para el caso de que no le asista razón al respecto, y si las circunstancias en las cuales se basó el juzgador han cambiado, dicho progenitor que no tiene la custodia de los menores, podrá hacer que se la otorguen. Ello toda vez que en términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 94 del Código Adjetivo Civil, las resoluciones firmes dictadas en asuntos de ejercicio y suspensión de la patria potestad, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que si el legislador determinó las reglas a seguir en la separación de los progenitores, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, se debe a que cabe la esperanza, que dichos padres, se reconcilien y por tanto vuelvan a cohabitar, lo que automáticamente crea un escenario absolutamente ideal para un buen desarrollo físico y psíquico de los menores.

Los criterios antes precisados se encuentran previstos en el artículo 416 del Código Sustantivo, mismo que a la letra dice:

"Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la

guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar con su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

Como se aprecia de dicho precepto, los padres están en un plano de igualdad, el cual emana de los artículos 1 y 4 de la Constitución General de la República; con relación a los artículos 2 y 20 del Código Civil.

Pero sin duda lo más importante del artículo 416 del Código Civil, es su segundo párrafo, el cual dispone que la resolución o convenio, debe realizarse en atención al interés superior del menor, disposición que es del todo congruente, ya que también establece que ambos padres deben continuar con sus obligaciones, y respecto a aquel progenitor que no tiene la custodia, tiene el derecho de convivencia y vigilancia, es decir, tiene la guarda, pero no la custodia. Lo anterior es coherente, toda vez que los menores, deben siempre contar con ambas figuras, tanto la paterna como la materna, las cuales son insustituibles.

Como se aprecia, cuando los padres se encuentran unidos bajo un vínculo matrimonial, pero no viven juntos; los derechos inherentes al ejercicio de la

patria potestad, se rigen por reglas propias; es decir sólo el artículo 416 del Código Civil, tiene aplicación, de tal suerte que no le son aplicables otras reglas, mucho menos la contenida en la contenida en el último párrafo de la fracción V del artículo 282 del mismo Código.

4.2. HIJOS FUERA DE MATRIMONIO

En este punto nos referiremos a la situación que guardan los hijos cuyos padres no se encuentran unidos bajo matrimonio y tampoco viven juntos, de lo contrario estaríamos en presencia de un concubinato.

Para una comprensión de este tema, tenemos que comenzar por establecer quienes son los padres de un menor, cuando ellos no se encuentran unidos bajo un vínculo matrimonial, o no hayan establecido concubinato. Para ello tenemos que recurrir a la filiación y al reconocimiento.

La filiación, es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, dicho concepto lo encontramos en el artículo 338 del Código Sustantivo de la materia.

Ahora bien esa relación o filiación que existe entre los padres y sus hijos, puede establecerse a través del reconocimiento, que es el acto por el cual el padre y la madre, conjunta o separadamente, identifican y admiten que un menor es hijo suyo.

Ahora bien, hecho el reconocimiento, por el cual se establece la filiación, tenemos que los padres, conjuntamente deben ejercer la patria potestad: sin

embargo, dada su "relación" o su situación de separación, tienen que decidir quien de ellos ejercerá la custodia.

Para este tipo de casos, el legislador recurrió al principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer, pero sobre todo las disposiciones que tuvo bien a establecer, fueron con base en el interés superior del menor.

En efecto, el legislador, no obstante, de que tuvo presente que los padres no se encontraban viviendo juntos y que mucho menos se encontraban unidos en matrimonio, decidió establecer que los progenitores deben acordar quienes de ellos ejercerá la custodia, ya que por su realidad es imposible que ambos la ejerzan de manera conjunta. Por tanto, se estableció en primer término una concurrencia de voluntades entre los progenitores, para establecer con quien de ellos vivirá el menor.

Dicha disposición a nuestro criterio, es acertada (asi como la relativa a la separación de los cónyuges), debido a que se parte del hecho de que los padres puedan encontrar una compatibilidad de caracteres o bien, eliminar la causa por la cual no cohabitan, y así establecer, un ambiente ideal para que el menor se desarrolle de la mejor manera.

Sin embargo, en caso de no haber acuerdo de voluntades entre los padres, el legislador dispuso que el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia de los progenitores, el menor y el Ministerio Público; resolución que evidentemente es atendiendo al interés superior del menor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto tenemos que manifestar que dicha disposición, es parcialmente aceptable. En efecto, tenemos que el juzgador resolverá con lo expuesto por las partes, luego entonces, si estas de hecho se encuentran separadas y nunca se establecieron, lucharan arduamente por obtener la custodia del menor. No obstante lo anterior, tenemos que el legislador decidió establecer oír al menor, es decir este debe ser escuchado, debe ser tomado en cuenta, con el propósito de tener datos objetivos, y con base en estos, el juzgador se encuentra en mejor situación para decidir.

A lo anterior surge una problemática, consistente en si efectivamente el sentir del menor es objetivo, es decir, si este no ha sido manipulado o inducido por sus padres, quienes como ya quedó expresado, harán todo lo que esté a su alcance para obtener la custodia, obviamente con objeto de satisfacer sus intereses personales, más no así el del menor.

Ahora bien tenemos otro supuesto, el concubinato. En estos casos los padres tampoco se encuentran unidos en matrimonio.

“El concubinato es la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieren casados.”

Para que estemos en presencia de un concubinato, tenemos dos formas de establecerlo. La primera consiste en que el concubinario y la concubina hayan vivido en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años; es decir, necesariamente deben vivir juntos de una forma continúa. La segunda consiste en tener un hijo en común, esto es que el concubinario y la concubina procreen un hijo; pero además, deberán haber vivido de manera

constante y permanente, para establecer el concubinato, de lo contrario estaríamos en presencia del primer supuesto de este apartado.

De lo anterior se infiere que es una situación similar al matrimonio, y por lo tanto se rige por reglas similares. En efecto el concubinato, se rige por las reglas del matrimonio en cuanto le fueren aplicables, tal y como lo dispone el artículo 291 TER del Código Civil, mismo que a la letra dice:

"Artículo 291 TER. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables."

Luego entonces tenemos, que en lo referente a la guarda y custodia de los menores, deben aplicarse las reglas del matrimonio esto es, las contenidas en los artículos 414 y 416 del mismo ordenamiento; los cuales disponen respectivamente, que ambos padres deben ejercer la patria potestad conjuntamente, es decir, si viven juntos, a los dos corresponde la guarda y custodia de sus menores hijos. Pero en caso de separación, los concubinos deberán acordar quien de ellos ejercerá la custodia, y en caso de desacuerdo, resolverá el Juez de lo Familiar, oyendo al Ministerio Público.

De lo anterior encontramos que la custodia de menores nacidos fuera de matrimonio y cuyos padres no viven juntos, tiene reglas propias, entre las cuales se establece que los menores deben ser escuchados ante el Juez de lo Familiar; en tanto que en el concubinato, los menores pueden o no ser escuchados ante el Juez, esto si lo decide este mismo; además se rige por las reglas del matrimonio.

4.3.3 DIVORCIO

En esta apartado, hablaremos la situación que tienen los hijos menores cuando sus padres han decidido romper el vínculo matrimonial, bajo el cual están unidos; es decir, qué ocurre con sus menores hijos, con quién de ellos van a vivir, que derechos y obligaciones tiene el otro progenitor respecto a ellos.

"Es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación."⁴⁰

Habiendo sido definido el divorcio, tenemos que el matrimonio ha sufrido una decadencia, por lo tanto, esa situación de declive también afecta en los menores.

Al respecto tenemos que puntualizar que existen dos tipos de divorcio, el voluntario y necesario.

Respecto al divorcio voluntario, tenemos que este puede substanciarse de dos formas, una ante autoridad administrativa y otra ante autoridad judicial.

El divorcio voluntario ante autoridad administrativa, tiene lugar cuando ha transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio; los cónyuges han decidido disolver el vínculo matrimonial, que ambos sean mayores de edad,

⁴⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, Op. Cit. p. 147.

que los cónyuges hayan liquidado la sociedad conyugal, si es que bajo ese régimen se unieron en matrimonio, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos, o los que procrearon sean mayores de edad y no necesiten alimentos, además que ninguno de los cónyuges necesite alimentos.

El anterior divorcio, no es de analizarse en el presente trabajo, toda vez que como se aprecia, dentro de los requisitos para que proceda, es no tener hijos o bien que sean mayores de edad, y por ende, no hay en quién ejercer la patria potestad.

En el divorcio voluntario, ante autoridad judicial, o también denominado por mutuo consentimiento o mutuo disenso, tiene lugar cuando hay una causa que ha ocasionado la ruptura de la relación conyugal, la cual no quiere ser expresada por los cónyuges y mucho menos que esa causa sea tratada en público.

El divorcio voluntario ante autoridad judicial, se realiza ante un Juez de lo Familiar, en el cual los cónyuges no reúnen los requisitos para realizarlo ante autoridad administrativa, es decir, ante el Juez del Registro Civil.

En dicho divorcio debe presentarse la solicitud, ante el Juez de lo Familiar, a la cual de ir acompañada de un convenio, en el cual debe contener las siguientes cláusulas:

I Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien debe darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma del pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimentarias;

V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visita, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Como se aprecia, en este procedimiento, el legislador, respetando la garantía de igualdad de los sexos, y además congruente con dicho procedimiento, determinó que ambos designarían la persona bajo la cual los menores estarían en custodia. Es decir, hay una igualdad entre ambos progenitores, ya que cualquiera de ellos puede ejercer la custodia de los hijos, de tal suerte que sólo es que concurren sus voluntades al respecto.

Además se establece, que los divorciantes, tendrán que expresar las modalidades, en que el progenitor, que no tiene la custodia, ejercerá su derecho de visita y convivencia, lo cual es necesario y acorde, toda vez que también tiene el derecho de ejercer la patria potestad y por ende, sus derechos de guarda.

Concluimos que en este tipo de procedimientos, el juzgador no debe tener mayor problema, dado que él recibe los datos de los cónyuges, y por lo tanto, se infiere que es lo mejor para los menores, lo cual debe evaluar el juzgador, ya que en caso contrario, no debe aprobar dicho convenio, por ser adverso al interés superior del menor.

Respecto al divorcio necesario tenemos que, en dicho procedimiento, el Juez de lo Familiar debe dictar ciertas medidas provisionales, esto es, las medidas tendientes a preservar los derechos y personas que se encuentren en peligro de ser afectadas, hasta en tanto se resuelve en definitiva.

En tratándose de divorcio necesario, las medidas provisionales que debe dictar el Juez, son las contenidas en el artículo 282 del Código Civil, mismo que a la letra dice:

"Artículo 282. Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte, u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código.

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozcan que tiene bienes.

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

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

VI.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII.- En los casos en que el Juez de lo Familiar, lo considere pertinente de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; y

- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a la distancia que propio Juez considere pertinente;

VIII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubiesen otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X.- Las demás que considere necesarias."

Como se aprecia el Juez de lo Familiar, tiene amplias facultades en asuntos en los cuales estén involucrados menores, ello en razón de que como se ha expresado a lo largo de esta investigación, los menores son ampliamente protegidos, buscándose un desarrollo pleno, el cual debe obtener en las mejores condiciones posibles, por ello pasaremos a analizar las fracciones inherentes a nuestro tema.

La fracción I del precepto antes transcrito dispone la separación de los conyuges, la cual debe ser decretada con audiencia de parte, pero dicha separación deberá dictarse con base en el interés de la familia, siempre observando lo más benéfico para los menores. Al respecto tenemos que en



primer término los menores, sufrirán una pérdida de convivencia absoluta con alguno de sus padres, es decir, hasta este momento no se hace distinción con quien de los padres deben permanecer los hijos menores: lo que únicamente dispone es que se decretará la separación de los cónyuges, lo que lleva implícitamente la ineludible decisión, ya por acuerdo de los contendientes, ya por el Juez, de determinar con quien de los padres permanecerán los menores, ello toda vez que uno de ellos debe tener la custodia. En efecto, el ejercicio de la patria potestad se ejerce tanto en la persona como en los bienes del hijo, por ello este último, no puede dejar la casa de quienes la ejercen, como lo dispone el artículo 421 del Código Civil. Luego entonces, la fracción en estudio es del todo congruente con dicho dispositivo, ya que el hecho de que los padres se encuentren en juicio, no implica de ninguna manera que las obligaciones de los menores así como las de los padres sean suspendidas, y por ello se dispuso la separación de los cónyuges, determinando quien de ellos ocupará el domicilio conyugal, con el objeto de que no se perturbe en su estado emocional a los menores hijos, y con base en lo anterior debe resolver el Juez.

La fracción II, es de vital importancia, ya que ordena al Juez que debe asegurar las cantidades que por alimentos les corresponde a los hijos, ello con el fin de salvaguardar sus necesidades, es decir independientemente de que los cónyuges se encuentren separados, estos deberán cumplir con su obligación alimentaria.

La fracción V de dicho numeral, es sin duda la más importante para nuestro estudio. Dicha fracción establece, primeramente, que el Juez de lo Familiar debe poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hayan

designado los cónyuges. Es decir, se parte de la base del acuerdo de los cónyuges, esto es, se da la posibilidad de que sus voluntades concurren respecto a la persona con quien debe permanecer los menores, durante el procedimiento de divorcio, pudiendo ser uno de ellos. En el primer supuesto, debemos indicar que sólo debe permitirse, que los menores permanezcan al cuidado de otras personas cuando ello sea lo más benéfico para ellos, de lo contrario no puede suspenderse la obligación de los padres, quienes en todo tiempo se encuentran obligados a esforzarse para dar todos los cuidados y medios suficientes que garanticen un correcto desarrollo físico, mental y emocional a sus menores hijos. En el segundo supuesto, tenemos que el legislador respetando la garantía de igualdad, dispuso que los padres pueden convenir que cualquiera de ellos puede ejercer la custodia de sus menores hijos, esto es, el legislador entiende perfectamente que tanto el hombre, como la mujer, son capaces de cuidar perfectamente a sus menores hijos, independientemente de sus actividades laborales, las cuales sin duda, son actividades tendientes a satisfacer en primer término las necesidades de sus hijos. Lo anterior debe entenderse así, ya que en caso contrario, el legislador hubiese hecho otra redacción, lo cual no hizo correctamente, en razón de que entiende y reconoce la capacidad de ambos para el cuidado de sus hijos.

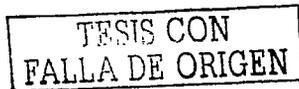
Ahora bien, si los cónyuges no se ponen de acuerdo, que persona tendrá la custodia de los hijos, dispone la misma fracción, que el cónyuge actor propondrá la persona con quien debe permanecer provisionalmente los hijos. Es decir, se da la facultad al cónyuge que demanda de proponer a la persona con quien deben permanecer los hijos durante el procedimiento, en razón de que goza de la presunción de que él es el cónyuge inocente. Pero el hecho de que el cónyuge actor designe a una persona no significa que el Juez

efectivamente le otorgue a dicha persona la custodia, en razón de que si el Juez de lo Familiar, al analizar las razones por las cuales los hijos deben permanecer con la persona propuesta, no benefician a los hijos, es incuestionable que no puede dejarse al cuidado de esa persona a los hijos.

A mayor abundamiento, el legislador dispuso que en tal supuesto, deberá tomarse la opinión del menor, lo cual en ciertos casos es aceptable, sin embargo nuevamente surge la cuestión de saber en que edad el menor puede emitir una opinión objetiva respecto a que persona desea permanecer bajo custodia, por lo tanto, lo más viable al respecto, es el acuerdo de los progenitores, en razón de que son las personas que más conocen las necesidades de sus hijos, y por ende, los más indicados para satisfacerlas.

El último párrafo de la fracción en estudio, dispone que los menores de doce años deberán permanecer al cuidado de la madre, salvo que ello represente un peligro grave para los menores. Esta disposición es totalmente anticonstitucional y contradictoria con el propio Código. En efecto, no puede determinarse que los menores de doce años deben permanecer a lado de su madre, cuando el artículo 4 de la Constitución Federal, establece de manera categórica la igualdad del hombre y la mujer. Por otro lado el artículo 2 del Código Civil, establece la igualdad de capacidad para el hombre y la mujer, y señala de igual forma, que a ninguna persona por razón de su sexo podrá negarse la prestación de su derecho. "En este orden de ideas dicha disposición es a todas luces anticonstitucional"⁴¹, por que da un trato preferencial para la mujer respecto a la custodia de los hijos menores de doce años lo cual es inadmisibles, por que como hemos analizado, el

⁴¹ Vid. *Infra*, Capítulo Tercero, p. 99



legislador parte de una base de que, tanto el hombre y la mujer son igualmente capaces para satisfacer las necesidades de sus hijos, lo cual engloba tanto a la guarda como a la custodia, razonamientos que se desprenden de todos los dispositivos que hacen referencia a la custodia de los hijos, ya sean de matrimonio, fuera de matrimonio, o concubinatos, incluyendo el divorcio; los cuales nos señalan que los hijos permanecerán al cuidado de la persona que ambos designen, es decir, se les da la facultad de convenir al respecto, y que a falta de ello, el Juez deberá resolver lo conducente oyendo al Ministerio Público y al menor. Por lo anterior dicho párrafo, sugerimos debe ser derogado, en razón de ser inconstitucional y contradictorio no sólo con el propio Código, sino con la propia fracción, toda vez que esta señala en primer término, el acuerdo de voluntades de las partes, para designar la persona, y a falta de ello el actor propondrá a la persona, previa audiencia del menor, y con todos estos datos deberá resolver el Juez de lo Familiar.

Otra causa por la cual consideramos debe ser derogado este párrafo de la fracción V del artículo 282, es la multitudada práctica indiscriminada que se le da al párrafo, la cual se emplea en todos los casos, siendo que tal disposición es única y exclusivamente para el divorcio.

Aunado a lo anterior, ni el legislador, ni el Juez de lo Familiar, ni el Ministerio Público y obviamente el padre, pueden permitir que el menor sufra algún peligro, de lo contrario, el menor puede ser afectado severamente en su desarrollo emocional, físico o mental; y por ser verdaderamente aberrante dicha disposición, proponemos su derogación.

Ahora bien, no pasamos por alto el hecho de que las medidas provisionales pueden ser sujetas de modificación a través de sentencia definitiva o interlocutoria, según el caso; lo que implica que el padre deba demostrar lo negativo que sería que el menor permanezca a lado de su madre. Sin perjuicio de lo anterior, las resoluciones definitivas pueden ser susceptibles de modificación, si las condiciones bajo las cuales fueron dictadas han cambiado, todo lo anterior en términos de lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Debemos señalar que profundizamos en lo referente a la forma en que se decreta la custodia en forma provisional, en razón de que generalmente le es otorgada a la madre, y esta determinación prevalece en la sentencia definitiva, debiéndose tener en cuenta lo expresado en el párrafo que antecede. Lo anterior implica que el padre conserva sus obligaciones, así como el derecho de visita y convivencia con sus hijos.

Por todo lo anterior, tenemos que la custodia en el divorcio necesario tiene reglas propias, las cuales son similares a todas las relaciones anteriormente analizadas, con la salvedad de que se dispone en el último párrafo de la fracción V del artículo 282 del Código Sustantivo, que los hijos menores de doce años deben permanecer a lado de su madre, disposición que ha sido mal empleada, y que es ese abuso de dicha disposición la que hace que el divorcio necesario tenga reglas propias.

4.3.4 NULIDAD DE MATRIMONIO

La institución del matrimonio, funciona, por la celebración del acto jurídico llamado también matrimonio. Es decir, tiene como fuente dicho acto jurídico. Este, para que exista y tenga validez, debe reunir los elementos de existencia y de validez de todo acto jurídico: o sea, consentimiento, objeto posible y solemnidad; además de capacidad, ausencia de vicios, licitud en el objeto y en el motivo o fin y forma establecida por la ley. La falta de dichos elementos significará la inexistencia o la nulidad, absoluta o relativa del matrimonio, como acto jurídico y, por tanto, la privación o la destrucción de efectos en los términos que la ley determine. Significa lo anterior, que el matrimonio, como acto jurídico, se encuentra dominado en cuanto a su ineficacia, por las reglas de la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos.

A la anterior consideración se suman, los tratadistas Planiol y Bonnetcase, los cuales afirman que en materia de nulidad de matrimonio, si son de aplicarse, en principio, las reglas generales de nulidad de los actos jurídicos, salvo las reglas especiales que en cuanto el matrimonio establezca la ley; las cuales debemos interpretar en el sentido de que el legislador ha querido proteger la seguridad del matrimonio y la familia, ya que ha estimado que dichas instituciones, por su importancia social, deben quedar a salvo de conflictos y litigios. En consecuencia, nuestro estudio se avocará a la situación que guardan los menores respecto a sus padres, es decir primero determinar quienes son sus padres, para ver que personas ejercerán la patria potestad, y por ende, la guarda y custodia, y quien de ellos tendrá la custodia, después de declarado nulo el matrimonio.

Debemos comenzar por explicar la diferencia entre inexistencia y nulidad de matrimonio.

El matrimonio es inexistente por falta de elementos necesarios para su existencia y que son: el consentimiento, el objeto posible y la solemnidad.

La falta de manifestación de las voluntades de los contrayentes en el matrimonio, evidentemente, traerá como resultado su inexistencia. Así, no habiendo expresado los consortes su voluntad de unirse en matrimonio.

También será inexistente el matrimonio, por la falta de objeto posible. A este respecto, cabe citar, en vía de ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, que haría imposible la realización del objeto propio del matrimonio consistente en la procreación.

Igualmente, es inexistente el matrimonio al que falte solemnidad de su celebración. En nuestra legislación, la solemnidad consiste en la celebración del matrimonio ante y por el Juez del Registro Civil, en los términos del artículo 102 del Código Civil. Además de la expresión del artículo 250, que supone, con relación al 249, para la existencia del matrimonio, la celebración del mismo ante el Juez del Registro Civil y el acta relativa. Aunado a lo anterior tenemos el artículo 2228, en cuanto a la distinción genérica en nuestra ley, de actos formales y solemnes.

La nulidad del matrimonio, absoluta o relativa; se determina, también por las reglas generales de las nulidades, además de las reglas especiales que al respecto se establecen en el artículo correspondiente.

Para el efecto, debemos recordar la forma en que nuestra ley distingue la nulidad absoluta de la relativa, en los artículos 2226 y 2227, del Código de la materia, mismos que a la letra apuntan:

“Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez de la nulidad. De ella puede prevalerse y no desaparece por la confirmación o por la prescripción.

Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

Respecto a las causas de nulidad del matrimonio, tenemos que el Código Civil señala tres supuestos los cuales se encuentran contenidos en el artículo 235, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103."

Habiendo sido transcritas por las cuales un matrimonio es nulo, tenemos que marcar, quienes son considerados hijos del matrimonio nulo, aquellos que nacieron dentro del matrimonio, o bien, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes, el cual comenzará a contar, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Código Civil dispone que el matrimonio declarado nulo, produce en todo tiempo sus efectos civiles, a favor de los hijos: esto es, los derechos y obligaciones subsisten con relación a los hijos, aunque el matrimonio haya sido declarado nulo.

Por ello, y con relación a la custodia, tenemos que el padre y la madre de los hijos, cuyo matrimonio fue declarado nulo, deben proponer la forma en que se ejercerá la patria potestad, especialmente lo referente a la custodia, con objeto de que el Juez de lo Familiar, lo establezca en la sentencia definitiva, si es que ese acuerdo satisface los intereses de los menores hijos, previa audiencia de estos y del Ministerio Público.

En caso de desavenencia del padre y la madre, respecto a la custodia de los hijos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, atendiendo a las circunstancias propias de cada caso, en la inteligencia de que debe escuchar a los menores y al Ministerio Público.

Los anteriores lineamientos, los encontramos en el artículo 259 del multicitado Código Civil, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 259. En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

Para tal efecto el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.”

Sin embargo dicha resolución es susceptible de modificarse, en la inteligencia de que es únicamente a lo referente a la custodia de los hijos menores, de acuerdo a las circunstancias del caso, pero siempre observando el interés superior de los mismos, ello de conformidad con el artículo 260 del mismo ordenamiento, con relación al numeral 94 del Código Adjetivo de la materia para el Distrito Federal, mismos que, respectivamente, apuntan:

“Artículo 260. El Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atendiendo a las circunstancias del caso y velando siempre por el interés de los hijos.”

“Artículo 94. Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

En lo referente a las obligaciones de los padres con respecto a los hijos, ya hemos señalado que el matrimonio declarado nulo surte en todo tiempo los derechos civiles a favor a los hijos. Por tanto, el padre que no tiene la custodia, ejerce todos sus derechos sobre sus hijos, especialmente el derecho de visita y convivencia.

De todo lo anterior tenemos, que nuevamente se establece la igualdad de los sexos en la custodia de los hijos menores, es decir, en ninguna parte de la ley se hace la distinción de que el hombre y la mujer debe tener a los hijos menores a su lado; por el contrario, se sigue el principio de que ello se establecerá por convenio de los progenitores, previa audiencia de los hijos y del Ministerio Público, que será tomada en cuenta aunque los progenitores no lleguen a convenir al respecto.

4.3.5 ADOPTADOS

Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un incapacitado.

TESTIS CON
FALLA DE ORIGEN

La adopción, crea una relación de paternidad respecto de un extraño donde la naturaleza no la ha establecido.

La adopción puede realizarla el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, bajo la condición que sea mayor de diecisiete años que el adoptado; debiendo acreditar, que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que pretende adoptarse; que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo a su interés superior; que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Los efectos de la adopción son que el adoptado, se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio; de tal suerte que el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. Consecuentemente la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de estos, salvo para los impedimentos del matrimonio.

En este supuesto, no existe mucha problemática respecto a la custodia del menor o menores adoptados, toda vez que estamos en presencia de que el adoptado tiene una sola persona en la que recae esa obligación, conjuntamente con la guarda, y que es el adoptante.

Ahora bien, la adopción también es permisible, cuando los cónyuges o concubinos estén conformes con dicho acto, y considerar al adoptado como hijo. Para ello, sólo uno de los cónyuges o de los concubinos, deberán

cumplir con la edad, y que es de veinticinco años; además, deberá acreditarse la diferencia de los diecisiete años y uno de los adoptantes, y los mismos requisitos que para la adopción de una sola persona.

En este supuesto (adopción de cónyuges o concubinos), surte los mismos efectos, que para la adopción realizada por una sola persona. Es decir, el adoptado, se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, por ende, adquiere los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, respecto a la familia de los adoptantes.

Por lo anterior, si surge una problemática, respecto a la custodia de los hijos, se aplicarán las reglas del matrimonio, en razón de que en el concubinato rigen las mismas reglas del matrimonio, además de que la adopción produce los efectos de que el adoptado, adquiere todos los derechos, deberes y obligaciones como si fuera hijo consanguíneo. Es decir, tendrá que aplicarse el artículo 416 del Código Civil, mismo que a la letra dice:

“Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a

colaborar con su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial."

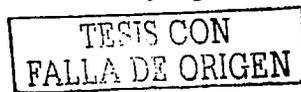
En este orden de ideas, tenemos que en la adopción hecha por cónyuges o concubinos, también se aplica la garantía de igualdad de los sexos. reafirmandose así, la premisa de que tanto el hombre como la mujer son capaces para cuidar y vigilar a sus hijos, con el objeto de que logren un perfecto desarrollo.

4.4 SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE LA CUSTODIA

Hemos señalado como se establece la custodia de los hijos, cuando sus progenitores deciden ya no vivir juntos; de igual forma hicimos alusión, que establecida la custodia a través de resolución Judicial, la misma es susceptible de ser modificada, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.

Sin embargo, tenemos que señalar que la custodia está sujeta a una suspensión o privación. En efecto, tenemos que la suspensión consiste en la privación temporal de tener la madre o el padre, según el caso, a su o sus hijos menores consigo; en tanto que la privación, constituye la privación definitiva, de ese derecho.

Para que se actualice una situación de suspensión o pérdida de la custodia, es necesario recurrir a su fuente, es decir, tenemos que acudir a la figura de la patria potestad, toda vez que de esta deviene la custodia y la guarda.



En los dos últimos puntos del Capítulo Segundo, de esta investigación, hicimos referencia a la forma de acabarse, suspenderse y perder la patria potestad; sin embargo, retomaremos estos temas, para el sólo efecto de la custodia.

Para que el ejercicio de la custodia sea suspendido, necesariamente debe suspenderse, su fuente, esto es, deben actualizarse los supuestos de suspensión para la patria potestad. Al respecto, tenemos que el artículo 447 del Código Sustantivo de la materia para el Distrito Federal, textualmente señala:

“ARTÍCULO 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

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

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.”

Este precepto de manera clara, nos expresa en que circunstancias debe suspenderse la patria potestad, por lo que pasaremos a comentar cada una de ellas.

Respecto al primer supuesto, tenemos que la capacidad es un elemento esencial para poder ejercer la patria potestad; es decir el progenitor debe tener la capacidad de ejercicio, ya que en caso contrario, y por disposición expresa de la ley, el progenitor que es incapaz no puede ejercer su derecho de patria potestad.

La capacidad de ejercicio requiere: a) que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos. y b) que no haya sido declarada en estado de interdicción.

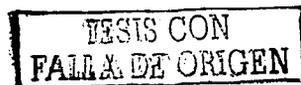
En el supuesto de que un mayor de edad, que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla; tendrá incapacidad natural y legal (artículo 450 fracción I)

En este sentido, tenemos, que si un progenitor cuenta con alguna o varias de las circunstancias anteriormente señaladas, será incapaz, y por ende, no puede ejercitar por sí mismo sus derechos, consecuentemente no podrá ejercitar su derecho de patria potestad, lo cual implica la custodia: la cual recaerá en el otro progenitor salvo que sea perjudicial para el menor.

Respecto a la declaración de ausencia, tenemos que nuestra legislación civil, parte del supuesto de que los hijos se encuentran en poder del otro padre, o bien de algún familiar, es decir, se hace referencia a que el progenitor del cual se ignora su paradero, se ausenta de manera individual, dejando todos sus bienes y sobre todo a sus hijos. Es por ello, que la declaración de ausencia, produce un estado de incertidumbre, por lo tanto, "la declaración de ausencia es un procedimiento técnico jurídico, para resolver, aunque no sea en forma definitiva, numerosos problemas que surgen la desaparición de una persona, relativos a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación del cónyuge, a la protección de los hijos menores y en fin, a los acreedores de la persona cuyo paradero se ignora."⁴²

El procedimiento de declaración de ausencia, se encuentra regulado en los artículos 669 al 719, inclusive del Código Civil; dentro de los cuales se establece la situación que guardan los hijos menores, que es lo que nos interesa, en términos provisorios, es decir, iniciado el procedimiento, se establecen diversas medidas provisionales, entre las cuales se dispone que los hijos menores del ausente, deberán permanecer bajo la custodia de los ascendientes que ejerzan la patria potestad, esto es, el cónyuge, o los abuelos, según el caso; o bien quedará bajo la custodia del tutor testamentario o legítimo, si lo hubiere; y en caso de que no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o legítimo, el Ministerio Público pedirá que se le nombre uno, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 651 del mismo Código.

⁴² GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, Op. Cit. p. 363.



Luego entonces, si después de substanciarse el procedimiento, se hace la declaración de ausencia, automáticamente se suspende el ejercicio de la patria potestad, y por ende la custodia; la cual tendrá alguna de las personas que estén legalmente autorizadas para ello.

Respecto a la fracción III tenemos que las circunstancias ahí mencionadas, obviamente amenazan el sano desarrollo del menor, por tanto debe suspenderse su ejercicio, hasta en tanto no rectifiquen esos hábitos de juego, embriaguez o consumir sustancias psicotrópicas, y que demuestren de manera contundente que se encuentran debidamente capaces para criar y cuidar a un menor, y que ello sea lo más benéfico para dicho menor.

La fracción IV, es muy clara, ya que por resolución judicial se puede suspender el ejercicio de la patria potestad, y por lo tanto la custodia, lo cual acontece en casos en que el Juzgador, impone dicha suspensión por considerar que es lo más benéfico para el núcleo familiar y muy especialmente para los menores.

Respecto a la pérdida de la patria potestad y por tanto de la custodia, tenemos que el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. En caso de violencia familiar en contra del menor;

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;

V. Por la exposición de quien la ejerce sobre los hijos;

VI. El abandono de la madre o el padre respecto de los hijos por más de seis meses;

VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido en contra de la persona o bienes del hijo, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.”

En cuanto a la fracción I tenemos que dicha disposición es muy clara, y que si se impuso dicha sanción se debió a que el progenitor resulta nocivo para el menor, lo cual de ninguna manera debe permitirse.

Respecto a la fracción II, tenemos que el Juez de lo Familiar puede sancionar al cónyuge culpable, a la pérdida de la patria potestad, atendiendo a las circunstancias del caso, es decir si las razones expuestas durante el procedimiento, se desprende que ciertas conductas de un progenitor, y muy

especialmente de la demanda, aprecia que son contrarias al desarrollo del menor, podrá imponer su pérdida, suspensión o limitación, según el caso; pero en caso de que se imponga la pérdida, las causales de ello deberán haber sido probadas de manera contundente, en razón de que el menor debe contar tanto con la figura paterna como la materna. Es decir, impuesta la pérdida de la patria potestad, se disipan los derechos, más no así las obligaciones.

Respecto a las fracciones III, IV, V, y VI, tenemos que los actos ahí señalados son por demás nocivos para los menores, que demuestran una total ausencia de responsabilidad moral y jurídica, lo que desde luego, nadie puede permitir; porque si bien es cierto que al menor no debe privársele de las figuras tanto paterno como materna, también lo es, que en dichos supuestos no cuenta con ellos.

Respecto a la fracción VII, el hecho de que un padre atente contra la integridad física o patrimonial de un hijo, es por demás intolerable, lo que desde luego hace imposible una recta relación paterno filial; en razón de que hemos de recordar que una de las obligaciones de quien ejerce la patria potestad, es ejercer la administración de los bienes del hijo; además la facultad de corregir a los hijos, no implica de ninguna manera implicar infligir actos de fuerza en su persona o bienes.

Por último la fracción VIII, es sumamente congruente con la responsabilidad que implica el formar a un menor de edad; ya que si uno de los padres, es condenado por dos o más veces por cometer delitos graves, es incuestionable, que el ejemplo que se le está dando al o los menores, es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

perjudicial para ellos, en razón de ellos pueden "aprender" esos actos, convirtiéndose así en delincuentes, lo que no cumple de ninguna manera, el objetivo de formar a hombres dignos, y por tanto útiles para la sociedad.

En resumen tenemos que la suspensión implica una pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, lo que desde luego trae como consecuencia que ese progenitor no pueda tener consigo a su menor hijo: respecto a la pérdida de la patria potestad, y por ende de la guarda y custodia, creemos que las disposiciones al respecto, son del todo correctas, en razón de que sus causales son en demasía grave para que un menor se forme correctamente, de ahí que desaparezcan todos los derechos, más no así las obligaciones, del progenitor condenado a ello.

4.5 FUNCIÓN DEL ESTADO

El Estado, tiene una ingerencia de vital importancia en la custodia de los menores, en razón de que al él le corresponde crear, modificar, extinguir y aplicar las normas relativas.

El Estado ha intervenido de manera activa, con objeto de erradicar la angustiosa situación de la niñez en general, esto es, evitar al máximo que los menores sufran de hambre, desnutrición, enfermedades, ignorancia, abandono, desprecio, y esencialmente objeto de disputas entre sus padres.

El conocimiento de los daños que se causan al menor, que repercuten directamente en su persona e indirectamente en el grupo social impulsaron a los miembros de las Naciones Unidas a formular en Ginebra el 23 de Febrero

de 1923, la Declaración de los Derechos del Niño. En tanto la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, promulgó el 20 de Noviembre de 1959, un a"Carta que contenía los Derechos del Niño"..

Los principios comunes a ambas declaraciones, son los siguientes:

1. - El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y socialmente, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.
2. - El niño debe gozar de los beneficios de Seguridad Social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con ese fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre cuidados especiales, incluso atención personal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.
3. - El niño física o mentalmente impedido, o que sufra algún impedimento social, debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular.
4. - El niño para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de seguridad moral y material. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

5. - El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

6. - El niño deberá ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trato.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Todos y cada uno de los principios han sido decisivos para la transformación de las legislaciones mundiales, y la nuestra no es la excepción. En efecto nuestra legislación ha sufrido diversas transformaciones, en lo que respecta al tema de menores, así pues, el Estado, para lograr que se satisfaga el interés superior del menor, ha establecido diversas disposiciones, instituciones, y organismos para ello. Así tenemos que respecto a las disposiciones que norman la actividad humana, ha sido contundente en establecer que las cuestiones que afectan a los menores son de orden público, esto es, que el Estado pone una atención muy especial al respecto, porque la sociedad está interesada que el menor se desarrolle correctamente. Dicho principio se encuentra recogido en los artículos 940 y 941 del Código Adjetivo de la materia, mismos que a la letra expresan:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"ARTÍCULO 940. Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad."

"ARTÍCULO 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos de orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento."

Sirve de sustento, el siguiente criterio jurisprudencial:

MENORES. LOS JUECES OFICIOSAMENTE, DEBEN VELAR POR LO QUE CONVenga A LOS.- El juzgador no está obligado, en materia de relaciones familiares, a resolver conforme las pretensiones de una de las partes, simplemente porque la otra no oponga las defensas conducentes. En consecuencia, no basta que la madre no se haya opuesto a la incorporación de su menor hija al seno de la familia del padre, para que proceda decretar

una incorporación, pues el juzgador debe estudiar la conveniencia o inconveniencia de la medida, velando por el interés de la menor, ya que es procedimiento socorrido de los padres obligados a pagar alimentos que pidan la incorporación de sus menores hijos al seno de la familia sólo para quitárselos a sus madres."

En efecto, el Estado tiene la obligación de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos; por lo tanto otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez; lo cual implica la implementación de programas que favorezcan la socialización e Integración eficaces de los menores, desde luego, comenzando con la familia, a la que se unirá la comunidad, la escuela, la formación profesional y las demás que sean necesarias para lograrlo, en cumplimiento al artículo 4 de la Constitución Federal.

Sin embargo, a nuestro criterio, creemos que para lograr ese objetivo, y en especial el primer punto que debe pasar y que es la familia, es necesario dictar una normatividad congruente con la Constitución Federal, esto es, debe eliminar toda disposición que haga contravenga la igualdad de los progenitores, sobre todo la jurídica; y respecto a nuestro tema, debe derogar aquellas disposiciones que establezcan desigualdad entre el hombre y la mujer, como lo es el último párrafo de la fracción VI del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, y las relativas de las entidades Federativas, en razón de que de ninguna manera, esas disposiciones pueden considerarse como tendientes a preservar el interés superior del menor, por

el contrario, lo único que producen es una práctica ilimitada de las disposiciones y que satisfacen el interés de la madre, más no así del menor.

Pero no sólo el derogar disposiciones desigualitarias entre los progenitores, producirá el bienestar de los menores; si no que es necesario, que cuando los padres, antepongan sus intereses, en asuntos de sus menores hijos, el Estado debe vigilar la actividad del Ministerio Público, para que este como representante de la Sociedad y de los Menores, logre satisfacer los intereses de estos últimos, de tal suerte que aquel agente del Ministerio Público que no cumpla con este deber, se hiciera acreedor a severas sanciones.

Tenemos así que si el Estado percibe que los padres tienen un objeto contrario al de los hijos debe cuidarlos, y en principio debe nombrársele un tutor especial, ello porque es inadmisibles que los padres cuiden a los menores y les administren sus bienes, cuando tiene un interés opuesto a ellos, lo anterior en términos de lo prescrito por el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal; además del siguiente criterio federal:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomos: III Segunda Parte-1

Página: 459

MENORES. PRESENTACION DE, CUANDO EXISTAN INTERESES OPUESTOS ENTRE ESTOS Y QUIENES EJERZAN LA PATRIA POTESTAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). De la interpretación

sistemática de los artículos 607 y 616 del Código Civil, en relación con el 762 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de Sonora, se desprende que cuando en los juicios sucesorios existen herederos menores de edad que pudieran tener intereses opuestos con quienes ejerzan la patria potestad, el Juez del conocimiento nombrar tutor, y este representar a aquellos en el juicio, pues en esas condiciones se actualiza el supuesto especial de representación a que alude la parte final del primer párrafo del primero de los artículos citados, y ante esas circunstancias es claro que son el tutor y curador designados quienes tienen la legitimación procesal activa para representar al menor, de conformidad con los numerales 607 y 762 invocados y es a ellos a quienes también corresponde la representación para administrar La guarda de los bienes del menor y por ende, los únicos que pueden oponerse a las cuentas de administración de albacea, sin que tal circunstancia implique el desconocimiento de los derechos y deberes a que se contrae el ejercicio de la patria potestad que el padre pudiera tener respecto del menor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 139/87. Alfredo Ramos Alarcón Santini. 13 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Manuel García Valdez.

En este sentido, y si se actualiza el supuesto de que los padres tienen intereses opuestos al menor, por ende, el Estado puede suspenderles o privarles la custodia que ejercen sobre el menor, con objeto de mejorar las condiciones de vida del menor; y para lograrlo los dejará en Instituciones que se hacen cargo de ellos, los defienden, cuidan y educan, para que en un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

futuro el menor sea útil y productivo, al contar en su infancia con la vigilancia brindada por el Estado, factores que harán del menor, un ser moralmente responsable y no delincuente, que sin la protección y asistencia del Estado, a través de sus instituciones, hubiera sido otro su destino.

Es de suma importancia hacer énfasis que el Estado no viola ninguna garantía, ni del menor, ni de sus padres; ya que el Estado se encuentra facultado para ello en términos de lo dispuesto por el ya citado artículo 4 de la Constitución Federal, el cual establece que, el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Además, es nuestro máximo tribunal, ha establecido que si el interés superior del menor requiere que sea cuidado por diversa persona que los padres ello deberá hacerse; tal y como se aprecia de los siguientes criterios:

"PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERES DEL MENOR LO HACE NECESARIO. - La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de la paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así

ocurre por ejemplo, cuando se encuentra probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad. En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el Juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una Institución particular. (Código del Menor para el Estado de Guerrero, Título Tercero, Capítulo II, Artículo 46). El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 dispone: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. Su ejercicio queda sujeto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con leyes especiales sobre Previsión Social en el Estado". El menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor, se lleva al cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibradores de las fuerzas, zona delicada de la preservación de los derechos humanos. Al ocuparse el mundo entero de la niñez y de la adolescencia podrá adquirir la pretensión

poética: "Que todos los niños sean como hijos de todos los hombres". En consecuencia en esos casos aunque se considere que el padre no pierde la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce.

Amparo Directo 5725-86. 14 de Mayo de 1987, mayoría de 3 votos contra 2. Informe de la Tercera Sala 1987, Pág. 244.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: IX, Abril de 1999

Tesis: I.6o.C.175 C

Página: 571

MENORES DE EDAD. SU DEPÓSITO BAJO TUTELA PROVISIONAL DE UN ALBERGUE NO CONSTITUYE DETENCIÓN NI PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, SINO QUE LA MEDIDA ES PARA OTORGARLES PROTECCIÓN Y LOGRAR SU DESARROLLO INTEGRAL EN CASO DE ABANDONO, CONFLICTO, DAÑO O PELIGRO. El hecho de que un menor sea puesto bajo la tutela provisional de un albergue por ordenamiento escrito de autoridad competente, fundando y motivando la causa legal para ello, no significa que este, en calidad de detenido o bajo privación ilegal de la libertad conculcándose algún precepto de orden público y como consecuencia el

artículo 16 constitucional, toda vez que la finalidad de la medida es de otorgar protección a los menores de edad que por alguna razón se encuentren en abandono, conflicto, daño o peligro, para lograr en ellos su desarrollo integral; lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, hasta en tanto quien tenga la guarda y custodia provisional, pueda ejercitar su facultad: en la inteligencia de que sólo se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4366/98. Juan Silvestre García Acevedo y otro. 2 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

Por lo anterior concluimos que el Estado es quien tiene en sus manos el correcto desarrollo de todos y cada uno de los menores, tanto de hijos que cuentan con sus padres, como aquellos abandonados; y que para nuestro trabajo, hemos de ensalzar que el Estado, debe derogar aquellas disposiciones que den cierta ventaja a uno de los progenitores, respecto del otro, ello con el fin de que se cumpla el mandato Constitucional de la igualdad de los sexos. Pero sobre todo, de dar la posibilidad de que los hijos menores, quienes son los involucrados y sobre quienes recaerán las consecuencias de las resoluciones; de emitir su opinión con quien de ellos desea permanecer, con el fin de que el Juzgador perciba el sentir del menor, y lo tome en consideración, para emitir su resolución, lo anterior en la inteligencia de que la opinión del menor sea obtenida de manera espontánea y libre de toda

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manipulación; y lo más importante para resolver, atendiendo al interés superior del menor.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los menores a lo largo de la historia han sido vistos como objetos de disputa, lo que desde luego, llevo a cabo el establecimiento de derechos desmedidos por parte de quienes los tenían a su cuidado y vigilancia.

SEGUNDA.- Paulatinamente los derechos, de aquellas personas que tienen a su cargo a menores, han sido limitados, en razón de que se ha ido reconociendo la calidad humana de aquellos, de tal suerte que los mismos ya no serían objeto de vejaciones.

TERCERA.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los ascendientes, que tienen respecto de sus descendientes con el objeto de cumplir sus obligaciones, para así formarlos correctamente.

CUARTA.- La patria potestad, es una institución, en razón de que es un conjunto orgánico de normas jurídicas imperativas que regula una relación paterno filial, que trasciende en el interés colectivo, lo que se traduce, en que el fin, de esta institución es la correcta formación de los menores, para una mejor sociedad.

QUINTA.- La patria potestad es una institución encaminada, primeramente a satisfacer los derechos e intereses de los menores, más no así de aquellos quienes ejercen la patria potestad.

SEXTA.- Deben realizarse programas tendientes a concienciar la importancia que tiene el tener consigo a un menor, ya que, quien tiene a un menor bajo su cuidado y vigilancia, le corresponde implantar las bases de su formación, porque de ello depende el futuro de dicho menor, así como la función que asumirá en la sociedad.

SÉPTIMA.- La legislación debe distinguir entre la custodia y la guarda, en razón de que en la primera únicamente se tiene materialmente a los menores; en tanto que en la segunda abarca el gran número de obligaciones como lo son el cuidado, educación, vigilancia, y la aplicación de correctivos, para su adecuada formación.

OCTAVA.- Las controversias que se susciten entre personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, o bien se encuentren fuera de matrimonio, en situación de divorcio o alguna otra; respecto a la custodia de menores, deben resolverse por reglas propias, ello en razón de que cada situación por sus características propias no puede reglamentarse ni resolverse por reglas inherentes a otra situación.

NOVENA.- El Estado debe ser más estricto en el cumplimiento de las normas tendientes a preservar el interés de los menores, ya que los padres, en muchas ocasiones, anteponen sus intereses a los de sus menores hijos; debiendo establecer severas sanciones a los padres que incurran en tan nefasta conducta.

DECIMA.- En todo asunto en que se dispute la custodia de menores, y los progenitores no lleguen a un acuerdo, el Juzgador deberá mandar realizar

estudios socioeconómicos y sobre todo psicológicos, tanto a los menores como a los padres, en una Institución Pública; lo anterior con la finalidad de conocer objetivamente los sentimientos del menor respecto con quien de sus padres desea permanecer, pero sobre todo que es lo más conveniente para el mismo.

DECIMA PRIMERA.- En todos las controversias de custodia de menores, estos deben ser escuchados siempre y cuando éstos puedan expresarse verbalmente de forma correcta, para que se les tome opinión, con quien de sus padres desea vivir; lo anterior con la intención de que el Juzgador tenga elementos suficientes, para resolver, siempre atendiendo al interés de los menores.

DECIMA SEGUNDA.- De igual forma, en los asuntos en que se encuentre en disputa la custodia de menores, siempre debe escucharse al Ministerio Público.

DECIMO TERCERA.- En el procedimiento que tenga por objeto obtener o preservar la custodia de menores, debe siempre haber cuando menos una junta de avenencia, con objeto de que los padres, adviertan la trascendencia que tiene el hecho de que sus menores hijos vivan con uno o con el otro, y así evitar que antepongan sus intereses personales.

DECIMO CUARTA.- Toda vez que nuestra ley fundamental, establece la igualdad entre el varón y la mujer, deben derogarse, todas aquellas disposiciones en contrario, por ser anticonstitucionales, y sobre todo por las innumerables controversias que generan. Para lo cual nos permitimos sugerir

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la derogación del último párrafo de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal; por el uso irracional y desmedido de dicha disposición

DECIMA SEXTA.- El Juzgador en las controversias de custodia de menores, deben resolver conforme a la igualdad de los progenitores, tanto por su sexo, como partes que son en el juicio; pero sobre todo atendiendo al interés de los menores, con las amplias facultades que le concede la ley y la equidad.

DECIMA SÉPTIMA.- Una vez resuelta la custodia de los menores, debe determinarse de manera correcta, la forma en que el otro progenitor, debe ejercer su derecho de visita y convivencia, para así cumplir con su deber de guarda, con todo lo que ello implica.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y ROSALIA Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones. México, Harla, 1990, 493 pp.
- BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado II, Derechos de la Personalidad, Derecho de Familia-Derechos Reales. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, 485 pp.
- BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Traducción de José M. Cajica J.R.T.I. Tijuana B.C., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, 700 pp.
- BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. México Porrúa S.A., 1978, 674 pp.
- CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales. México, Porrúa S.A., 1985, 587 pp.
- CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, 4ª ed., actualizada, México, Porrúa S.A., 1997, 547 pp..
- D' ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Buenos Aires, Astrea, 1976, 208 pp.
- D' ORS J.A. Derecho Privado Romano. Pamplona, Universidad de Navarra S.A. 1989, 523 pp.
- FLORES GÓMEZ GONZALEZ Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, 2ª ed., México, Porrúa S.A., 1978, 386 pp.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas-Familia, 1ª ed., México, Porrúa S.A., 1995, 790 pp.
- GONZALEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil, 7ª ed., México, Trillas, 1990, 208 pp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia y Sucesiones. México, Porrúa S.A., 1995, 608 pp.
- LEMUS GARCÍA, Raúl. Compendio de Derecho Romano, 4ª ed., México, Limsa, 1979, 341 pp.
- LOPEZ DEL CARRIL Julio J. Patria Potestad, Tutela y Curatela. Buenos Aires, Palma, 1993, 233 pp.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III. México, Porrúa S.A., 586 pp.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, 3ª ed., México, Porrúa S.A., 1987, 429 pp.
- MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho Civil, 22ª ed., México, Porrúa S.A., 1977, 452 pp.
- MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Introducción, Parte General, Derecho de Familia. México, Modelo, 1971, 345 pp.
- OROPEZA A., Dioclesiano. Derecho Romano I. México, UNAM-ENEP ARAGÓN, 1985, 261 pp.
- PADILLA SAHÚN, Gumesindo. Derecho Romano I. México, Mc Graw Hill, 1996, 161 pp.
- PENICHE LOPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, 16ª ed., México, Porrúa S.A., 1982, 320 pp.
- PINA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia. Tomo I, 7ª ed., México, Porrúa S.A., 1975, 404 pp.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, 9ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, 593 pp.
- PLANIOL, Mrcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio. Volumen II, 2ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, 520 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil I. 18ª ed., México, Porrúa S.A., 1982, 502 pp.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, México, Porrúa S.A., 1979, 142 pp.

TRABUCCHI. Instituciones de Derecho Civil. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, 384 pp.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV. Valladolid, España, 1921, 643 pp.

VERDUGO, Agustín. Principios de Derecho Civil Mexicano, Tomo II, 2ª ed., Imprenta de Derecho, 1980, 830 pp.

WENDKOS OLDS, Sally Diane. Desarrollo Humano, 2ª ed., México, Mc Graw Hill, 1985, 753 pp.

WENDKOS OLDS, Sally Diane. El Mundo del niño Tomo I, II, III, México, Mc Graw Hill, 1987, 769 pp.

ZONNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1978, 779 pp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIÓN CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

LEY DE AMPARO

LEY FEDERAL DEL TRABAJO