

20721 1
46 ↓

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA PATRIA POTESTAD ANTE LA FALTA DE PADRES, SU
PROBLEMATICA PARA OTORGARLA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

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

ERIKA

CARDONA

SANCHEZ

ASESOR: LICENCIADO ALFREDO GONZALEZ HERNANDEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

SEPTIEMBRE 2003.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

2

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Doy gracias:

A la Universidad Nacional Autónoma de México por brindarme la oportunidad de desarrollarme como estudiante, profesionista y mejor persona.

A los Profesores de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán", por compartir conmigo sus conocimientos, su experiencia y su tiempo.

Al Licenciado Alfredo González Hernández por aceptar dirigirme la tesis, orientarme y ayudarme a finalizar uno de mis objetivos.

A mis papás Eugenio y Josefina, porque gracias a su ejemplo, consejos, amor y compañía, lograron inculcarme perseverancia, fortaleza y sobre todo fe para la realización de mis más grandes anhelos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi hermano Adrián por brindarme su cariño y apoyo incondicional, y por compartir conmigo sus experiencias y logros.

A mis abuelitos por enseñarme que en la vida todo se puede lograr, siempre y cuando actuemos con honestidad, gratitud y responsabilidad; pero sobre todo les doy gracias porque me han brindado su cariño a lo largo de mi vida, lo cual me ha dado fortaleza para lograr mis objetivos.

A mis tíos Flor y Rodolfo, porque en el momento oportuno me apoyaron incondicionalmente para ingresar al Poder Judicial de la Federación, lo cual me ha permitido desarrollarme como profesionista.

Al licenciado Sergio Raúl Núñez Cajigal, por brindarme su amistad incondicional, conocimientos, consejos y experiencias; pero sobre todo por haber logrado inculcarme el amor por la carrera judicial.

4

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A todos mis tíos y primos por estar cerca de mí en los momentos más difíciles de mi vida y apoyarme cuando lo he necesitado.

A todos mis amigos y amigas que me han brindado su compañía, comprensión y cariño sincero.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
INDICE

Pág.

Introducción. 1

1. Antecedentes históricos de la patria potestad.

- 1.1. Civilizaciones antiguas..... 1
- 1.2. Derecho Romano..... 6
- 1.3. Derecho medieval.....10
- 1.4. Derecho canónico..... 10
- 1.5. Derecho español..... 11
- 1.6. Derecho francés..... 16
- 1.7. Derecho mexicano..... 17

2. Importancia de la patria potestad.

- 2.1. Concepto..... 22
- 2.2. Fundamento..... 25
- 2.3. Naturaleza..... 27
- 2.4. Contenido..... 31
- 2.5. Características..... 32
- 2.6. Sujetos..... 37
- 2.7. Relaciones que determinan su ejercicio..... 44
 - 2.7.1. Guarda..... 45
 - 2.7.2. Custodia..... 48
 - 2.7.3. Educación (corrección)..... 50

2.8. Efectos de la patria potestad..... 57

 2.8.1. Derechos y obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad..... 57

 2.8.2. Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad.... 62

 2.8.3. Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor... 73

 2.8.4. Extinción, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad. 84

2.9. Diferencias de la patria potestad con respecto a la custodia..... 89

3. El procedimiento de la patria potestad.

3.1. El procedimiento en el Distrito Federal..... 94

3.2. Controversias del Orden Familiar..... 99

3.3. Artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, anterior a las reformas de 27 de noviembre de 1997..... 107

3.4. Artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado..... 110

3.5. Instituciones involucradas..... 113

 3.5.1. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF)..... 118

3.6. Tutela..... 123

3.7. Curatela..... 148

4. Derechos del menor en la legislación mexicana, a partir de la suscripción por México a la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.1. Derechos del niño..... 152

4.2. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño..... 153

4.3. Legislación mexicana sobre menores..... 162

 4.3.1. La reforma al artículo 4º constitucional..... 162

7

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

4.3.2. Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	164
4.3.3. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.....	165
4.3.4. Código Civil para el Distrito Federal.....	169
4.3.5. Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar.....	169
4.3.6. Otras legislaciones.....	171
4.3.7. Consejo de Familia.....	172
4.4. Interés superior del menor.....	179

5. La patria potestad ante la falta de padres, la problemática para otorgarla, en el Código Civil para el Distrito Federal.

5.1. Análisis del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.....	181
5.2. Análisis del caso práctico consistente en el Amparo Directo D.C.3690/99, resuelto por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.....	188
5.3. Propuesta.....	228

Conclusiones.....	235
--------------------------	------------

Bibliografía.....	238
--------------------------	------------

Introducción

La patria potestad es una institución jurídica, cuya importancia radica en el cúmulo de derechos y deberes que tienen el padre y la madre respecto de sus menores hijos, los cuales consisten en el cuidado, protección, educación y representación que en todo momento les deben proporcionar.

Sin embargo, existen casos sumamente especiales y difíciles, por ejemplo, cuando mueren ambos padres de un menor y los ascendientes en segundo grado, en ambas líneas, promueven un juicio que debe llevar en la vía de las Controversias del Orden Familiar, para ejercer la patria potestad sobre dicho menor.

En ese momento, se le presenta al juez de lo Familiar la problemática de decidir quiénes son los más aptos para ejercer tan importante función.

En tal virtud, la decisión del juzgador, debe atender siempre al interés superior de los menores, el cual constituye piedra angular para determinar con quiénes, en qué lugar y bajo qué circunstancias estarán en posibilidad de desarrollarse íntegramente.

Por lo anterior, es que el juez de lo Familiar debe motivar y fundar su determinación, sobre bases legalmente establecidas, pues de lo contrario, los menores sufren un perjuicio al estar inmersos en un procedimiento largo y desgastante, el cual concluye con una sentencia en la que se observa que no se atendió el interés superior del menor.

Es por ello que en el presente trabajo se plantea la necesidad de que se implementen en el procedimiento otros medios auxiliares y probatorios

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

9

que coadyuven al juzgador, a emitir una resolución confiable en la que se atienda primordialmente al interés superior de los menores, los cuales deben ser aplicados y practicados por especialistas en la materia con verdadera vocación de servicio.

Dichos medios auxiliares y probatorios son los lineamientos en que se deben basar los jueces de lo Familiar para emitir sus resoluciones cuando se trate de otorgar la patria potestad ante la falta de ambos padres.

El presente trabajo se inicia con el primer capítulo, en el que se realiza una reseña histórica de la evolución de la institución de la patria potestad, desde las civilizaciones antiguas hasta nuestros días. Asimismo, se resalta el desarrollo que ha tenido dicha institución en el derecho mexicano.

En el segundo capítulo, se establece la importancia de la patria potestad, con la explicación de su significado, fundamento, naturaleza jurídica, contenido, características, sujetos que intervienen en ella, y relaciones que determinan su ejercicio, así como su interacción con la guarda y custodia. De igual manera, se explican los efectos de la patria potestad respecto de la persona y bienes de los menores. Además, se aborda el tema de la extinción, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.

El tercer capítulo comprende el procedimiento de la patria potestad en el Distrito Federal, el cual contempla a las Controversias del Orden Familiar como un procedimiento especial para dirimir los conflictos que versen sobre la protección de la familia y de los menores. Asimismo, se realiza un análisis del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, anterior y posterior a las reformas del 27 de noviembre de 1997. Finalmente, se menciona la importancia de las instituciones que están involucradas directamente con la patria potestad, las cuales son: los jueces de lo Familiar, el

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

10

Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas, así como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF); y, en otros aspectos, la tutela y curatela.

En el cuarto capítulo se aborda el tema de los derechos del menor en la legislación mexicana, a partir de la suscripción por México a la Convención Sobre los Derechos del Niño. Asimismo, se resalta el interés superior del menor como un concepto que sobresale tanto en la legislación mexicana, como en los diversos criterios de jurisprudencia que han emitido nuestros tribunales federales.

En el capítulo quinto describo la problemática que implica otorgar la patria potestad ante la falta de padres, debido a que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, no establece los lineamientos que debe seguir el juzgador para la emisión de sus resoluciones en atención al interés superior de los menores. En consecuencia, se propone que se implementen en el procedimiento los medios auxiliares y probatorios como elementos coadyuvantes al juez de lo Familiar, que deberán ser aplicados y practicados por especialistas en la materia, como son: un licenciado en derecho, un psicólogo, un trabajador social, un médico general y un pedagogo, los cuales entregarán al juzgador un reporte que enriquecerá y complementará su criterio y que deberá plasmar en su sentencia, para así tener la seguridad de que en realidad atendió al interés superior de los menores.

1. Antecedentes históricos de la patria potestad.

1.1. Civilizaciones antiguas

Durante el curso de la historia, la institución de la patria potestad muestra un proceso de debilitación del poder paterno, ya que en los pueblos primitivos la familia era la única sociedad y el padre la única autoridad, tan absoluta que se convierte en un derecho de propiedad sobre los hijos.

Las antiguas civilizaciones orientales también compartieron esta idea; dos grandes razas, la semítica y la aria se encontraban diseminadas por el continente y, en éstas, el padre era el pontífice de la religión doméstica y el Estado surgió en la familia, por lo que el padre tenía todas las atribuciones de jefe de Estado, ejerciendo un poder absoluto y de disposición sobre la vida de los hijos y de su mujer.

Sobre esta potestad absoluta y el arraigado sentimiento religioso se edifican las instituciones de los pueblos antiguos de oriente.

a) India

En un principio, su población estaba compuesta por personas que hablaban el idioma sánscrito, las cuales se asentaron en la región del río Indo; se dedicaron a la vida religiosa y patriarcal. El jefe de la familia era el padre, quien ejercía las funciones del culto doméstico. El aumento de sus miembros dio origen a la formación de diferentes tribus y en cada una de ellas había un jefe llamado rajá.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

En el idioma sánscrito, la palabra pater designa al que no depende de otro y ejerce una autoridad, no a quien engendra al hijo.

La patria potestad se ejercía con un sentido estrictamente religioso, ya que por medio del pater debía perpetuarse el culto, pues se tenía la idea de que cuando éste moría se transformaba en un dios familiar que adquiriría la inmortalidad si dejaba un hijo que lo reemplazara en el gobierno familiar y en la dirección del culto doméstico; así aparece el derecho de la primogenitura.

El padre tenía derechos absolutos para reconocer o rechazar a sus hijos y hacer suyas todas las adquisiciones que éstos hicieran a cualquier título.

b) China

Al inicio, el parentesco era la relación del hombre con la horda, el niño tenía como padres a todos los adultos de la tribu y como madres a todas las mujeres que pudieran dar el ser; posteriormente, existe una relación directa entre madre e hijo, ya que éste la reconoce como tal, pero en la familia, el padre es la autoridad superior.

La patria potestad era inhumana y cruel, ya que el padre estaba facultado para azotar al hijo hasta matarlo y también podía venderlo.

c) Egipto

La poligamia era generalizada, exceptuando a la casta sacerdotal a la que sólo le era permitido tener una mujer.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En la familia, el padre ejercía un poder absoluto y tiránico sobre la mujer y los hijos.

d) Persia

El padre tenía un poder absoluto sobre la mujer y los hijos y era el depositario del culto familiar.

La ley establecía que el hijo debía obediencia al padre por ser éste quien se encargaba de su educación desde los siete años.

El ejercicio de la patria potestad llegaba al extremo de que el padre podía matar al hijo que le desobedecía tres veces; así como cortar las orejas a los hijos que no se comportaban según los deseos del padre.

e) Israel

El patriarca era el jefe de cada una de las tribus nómadas y la patria potestad era un derecho exclusivo de éste, que perdió a partir de Moisés, cuando la nación se constituyó en un gobierno general, por lo cual pasó su ejercicio a cada uno de los padres de familia.

El padre podía abandonar al hijo y vender a las hijas como esclavas; la madre se encontraba en las mismas condiciones de rango que el padre, respecto de los hijos.

f) Babilonia

Originariamente, dos razas habitaron aquella región de Asia Menor; al norte los sumerios y al sur los semitas. El fundador de la unidad babilónica fue Hammurabi. La familia se basaba en una monogamia moderada. El matrimonio se apoyaba en un documento escrito, donde se determinaban los derechos y deberes de la esposa.

La patria potestad se encontraba reglamentada en la Ley de Hammurabi; se ejercía en primer lugar por el padre, quien podía casar a su hijo con quien quisiera; el que permanecía sin casarse estaba sometido a la autoridad paterna; también se podía someter a los hijos a la esclavitud para responder por obligaciones contraídas por sus padres.

g) Grecia

Para Aristóteles, Grecia ha pasado en su evolución social y política por tres fases: primero, la asociación de la mujer y el marido, del amo y el esclavo, y comprende a todos aquellos que comen alrededor de una misma mesa, esto es, la familia. La familia da origen a la aldea, habitada por los hijos y nietos que se encuentran bajo la autoridad de un rey; finalmente, por la asociación de varias aldeas se forma el Estado, la polis, que es la comunidad perfecta.

En Atenas, en un principio, la patria potestad la desempeñaba el padre sobre los hijos y la mujer, con base en un oprobioso despotismo; pero más tarde se modificó este estado de cosas, suprimiendo el derecho del padre de matar o vender al hijo y estableciendo la obligación del hijo a sostener a su

padre enfermo. El padre ejercía en su familia un absoluto señorío sobre sus miembros subordinados, pudiendo cometer impunemente toda clase de injusticias y crueldades.

En España, el niño pertenecía al Estado, quien lo tomaba desde la primera edad para hacer de él un soldado, no existía la patria potestad; el Estado ejercía una rígida patria potestad sobre los hijos de los espartanos, a base de violencia y crueldad.

h) Derecho germánico

La familia era un vínculo jurídico privado y público, porque abarcaba el parentesco por consanguinidad y por afinidad. La autoridad del jefe de familia se encontraba en la Munt, o sea la protección que el padre debía a los hijos y el marido a la mujer.

La Munt y la patria potestad no tenían carácter riguroso, sino que era la intervención a favor del hijo para protegerlo. La autoridad superior de la familia era el Consejo formado por todos los parientes.

La patria potestad terminaba cuando el hijo comenzaba una vida económica independiente y ya no necesitaba ni de los cuidados, ni de la protección del padre. La madre ejercía la patria potestad una vez muerto el padre quien era el titular de ella.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

1.2. Derecho Romano

Las personas *alieni iuris* eran todas aquellas que se encontraban bajo cualquier potestad familiar; la *manus* comprendía diversas potestades sobre la mujer; sobre los hijos, la *patria potestas*; sobre los esclavos, la *dominica potestas*; y sobre los hijos de otros entregados en venta al *pater familias*, el *mancipium*.

La *patria potestas* es el poder jurídico que tiene el *pater* sobre los *filiifamilias*, sean hombres o mujeres, sean naturales o adoptivos.

El *pater familias*, como jefe del grupo familiar tenía los más amplios poderes sobre las personas a él sometidas.

La *patria potestas*, como una institución del derecho civil, en su estructura originaria, importa poderes, pero no deberes hacia los sometidos, sino en la esfera moral.

La más grave y significativa expresión de ese poder es la disposición de la persona del hijo, que se concreta en el *ius vitae ac necis*, esto es, el derecho de vida y muerte. El asesinato del hijo era consentido. Ciertamente, en la práctica, la aplicación de este poder tenía sus excepciones, en cuanto estaba limitado por la moral y la religión, pero sobre todo por el afecto, ya que el *pater familias* era padre o ascendiente de las personas a él sometidas. El *ius vitae ac necis* era concebido como un poder punitivo, que no tenía razón de ser respecto de los infantes.

Al inicio del primer siglo del imperio, comenzó la reacción

legislativa, al obligar al pater que hubiera maltratado al filius, a la emancipación; asimismo, se condena a la deportación al pater que hubiera matado al filius, ya se que afirma que el padre no lo podía hacer sin haber oído antes al filius. Son providencias aisladas, que intentan reprimir abusos, pero son sintomáticas, por demostrar el cambio en la conciencia social.

El *ius vitae ac necis*, desaparece en la época cristiana, porque es incompatible con la nueva ética. En el derecho justinianeo el derecho de vida y muerte es sólo un recurso histórico.

En las instituciones de Justiniano se dice: *In potestate nostras sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus* (Están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias). Este principio es el que infunde todo el sustento del sistema romano en el que impera la idea del poder. Éste se manifiesta abiertamente en el seno de la familia, mediante la autoridad suprema del pater.

Al lado de la unidad política de las estirpes existió otra derivación del principio de familia: el Estado patriarcal, en que el poder del jefe del Estado es un poder paternal ampliado y la relación de subordinación social es la que existió entre el padre y sus hijos.

El pater tenía derecho de exponer al recién nacido, aunque este poder fue limitado por las leyes. Posteriormente, se prohíbe que el pater se oponga al matrimonio de la hija expuesta.

La legislación cristiana, sin excluir el derecho de exposición, admite la pérdida de la patria potestad sobre los expuestos.

La idea del poder y de la libertad es la primitiva fuente psicológica del carácter romano. El jefe de familia gozaba de un poder ilimitado sobre sus familiares.

Entre los poderes inherentes a la patria potestad se encontraba el *ius vendendi*; en la época clásica el *filius vendido* estaba en condición de *mancipium*; Justiniano limitó la venta para el caso de extrema pobreza, admitiendo que el *filius vendido* pudiera adquirir la libertad ofreciendo el precio pagado u otro esclavo.

El poder paterno fue idéntico al poder dominical. Los hijos no podían tener nada de su propiedad, el padre podía venderlos, casarlos a su gusto o disolver su matrimonio. La única diferencia es que el esclavo podía ser vendido una sola vez, mientras que el hijo tres veces, tras de las cuales el hijo quedaba libre para siempre.

En ese sentido, parece contradictorio que la ley asegurara al hijo contra un mal relativamente ligero; en cambio, lo dejase sin protección contra el derecho de vida y muerte del padre. Indudablemente, es porque esto sólo existía en derecho abstracto y no en la práctica real. Por otra parte, los romanos veían con desagrado la disolución del vínculo entre padre e hijo, por venta o transferencia de la patria potestad a otro.

La capacidad del *filius familias* era reconocida respecto del derecho público y en las relaciones familiares, ya que un *filius familias* podía ocupar la suprema magistratura de la ciudad.

La costumbre en un principio y después las leyes, vinieron a

dulcificar la institución de la patria potestad, quedando limitada la potestad del padre: 1) A castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, siendo peculiar del juez el conocimiento de sus delitos; b) A vender al hijo recién nacido, sólo en caso de extrema necesidad, para procurarse alimentos; 3) A hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; y, 4) A retener en su poder a sus descendientes por línea del varón.

De acuerdo con lo expuesto, vemos como la autoridad paterna era más que eso: no sólo era el revestimiento de una facultad de un encargado del ejercicio de un mando, sino una fuerza similar al imperio, que a la vez y en forma severa, se exteriorizaba como un dominio que abarcaba la protección y la tutela de la familia en forma excepcional y que, obligándola al sometimiento, establecía un sistema monárquico en la relación familiar.

Posteriormente, la patria potestad asume otro carácter y otra función; se afirma el principio fundamental del ejercicio de la patria potestad, al dejar de ser un derecho en interés del pater o del grupo, para convertirse en un officium, esto es, un deber en interés del que se encuentra bajo ella.

En cuanto a los bienes, el hijo estaba en una condición similar a la del esclavo, pues carecía de facultades para tener propios, ya que el patrimonio le correspondía exclusivamente al padre. En el caso que llegara a obtener cualquier bien, automáticamente pasaba al patrimonio paterno, de lo que resultaba (al igual que el esclavo) que se convertía en un instrumento de adquisición.

Después de radicales transformaciones en el derecho justinianeo, la tradicional incapacidad patrimonial del filius es superada, ya que el pater era

propietario de todo lo adquirido por el filius, pero sin la facultad de disposición, su derecho se reducía a un poder de administración y usufructo legal.

En una segunda evolución, el derecho justiniano establece las bases de la concepción moderna de la patria potestad, configurada como un poder de corrección y de protección a la persona del filius.

Los romanos tenían conciencia de que la patria potestad era una institución exclusiva de Roma, pero la intensidad de este poder y su alcance, fueron progresivamente aminorados, sobre todo por el cristianismo, de suerte que la tradición jurídica europea no recogió más que un débil residuo de la antigua patria potestad romana.

1.3. Derecho medieval

Con la influencia de la iglesia y la evolución de las costumbres se determinó una modificación a la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para la menor edad del hijo.

La reacción en contra del sistema romano llegó al extremo de que algunos autores y legisladores rechazaron la patria potestad.

1.4. Derecho canónico

Ante el surgimiento del cristianismo nació una decisiva influencia en la moderación de la patria potestad, traducida en algunos derechos

conferidos a la madre, se modificaron los conceptos rígidos, haciendo ver que también existían deberes que cumplir donde hasta entonces no se habían entendido más que derechos que ejercitar y cargas que imponer.

Así, en la etapa medieval, se obtiene la gran conquista de la institución de la patria potestad, al reconocer que la autoridad del padre tenía un límite, y sólo tenía vigor durante la minoría de edad del hijo.

1.5. Derecho español

a) Fuero juzgo

"Fuero juzgo. Recopilación de leyes visigóticas conocida como *liber iudiciorum*, escrita en latín y lengua romance hacia los años 654 a 694,... Contiene disposiciones de Derecho Civil relativas al matrimonio, la filiación y a los contratos y las sucesiones. En varias regiones españolas se le considera Derecho subsidiario".¹

En la mayoría de las legislaciones visigodas, la patria potestad no tiene un carácter absoluto e inhumano; se prohíbe dar muerte a los hijos, el que expone a un hijo está obligado a recogerlo bajo pena de destierro; se prohíbe la venta, donación o dar en prenda a los hijos. Reconoce la igualdad de poder del padre y la madre, admitiendo la patria potestad de ésta, y para el caso de que el padre quedara viudo, los hijos permanecerían sujetos a su potestad.

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Volumen I. Oxford. México. 2001. pp. 50 y 51.

Como puede verse, la institución evoluciona positivamente para quienes la conforman.

b) Código de Eurico

Los bienes estaban a cargo del padre, quien los poseía y consumía conjuntamente con sus hijos, conservándolos íntegramente, pero percibiendo sus frutos.

También establece el ejercicio conjunto y simultáneo de la patria potestad, esto es, del padre y la madre.

c) Fueros municipales

El surgimiento de la patria potestad de la madre, fue obstaculizado por el renacimiento del Derecho Romano, que introdujo los postulados del derecho justinianeo, y negó a la madre la patria potestad.

d) Fuero real

"Fuero real. Parte de la labor legislativa del Rey de Castilla, Alfonso X, El Sabio, se le reconoce también como: Fuero Castellano, Fuero del Libro y Libro de los Consejos de Castilla. Se redactó y puso en vigor en el año de 1255. Es una ley de carácter municipal que complementa a nivel regional las disposiciones de las Leyes de Partidas. Contiene disposiciones de Fuero Juzgo que es anterior y su contenido es de carácter político-religioso, de organización judicial y de procedimientos. Sin embargo, contiene disposiciones de Derecho

civil, relativas al matrimonio, de los huérfanos, herencia,...".²

En éste se concede plenamente a la madre el ejercicio de la patria potestad.

e) 7 Partidas

"...el texto de las Partidas, que adoptaron en nuestra historia una posición de templanza, a pesar de la general tendencia hacia el Derecho romano, porque, no obstante de que extendía la potestad a 'sus hijos y sobre sus nietos, o sobre todos los otros de su linaje que descienden de ellos, por la liña derecha que son nacidos del casamiento derecho', establecía que una de las cuatro razones 'porque pueden constreñir el padre que saque de su poder a su poder a su hijo... es cuando el padre castiga al hijo, muy cruelmente,...'".³

Se le otorga a la patria potestad el mismo carácter que en las leyes romanas, ya que se extiende a los nietos y a los que descienden por línea recta masculina, siempre que lo sean por legítimo matrimonio. Niega el derecho de la madre a la patria potestad, considerándola poder exclusivo del padre, limitada a los hijos legítimos, ya que ni los hijos naturales, ni los incestuosos eran dignos de ser llamados hijos, por ser engendrados en gran pecado.

La administración y el usufructo legal sobre los bienes de los hijos correspondía al padre, pero a su vez, éste tenía la obligación correlativa de alimentarlos, criarlos y educarlos en el conocimiento de la religión, la moral y en

² Ibidem. p. 51.

³ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Porrúa. cuarta edición. México. 1993. pp. 443 y 444.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el de alguna ciencia, profesión, arte u oficio.

La patria potestad se constituía bajo cualquiera de las siguientes maneras: a) por el matrimonio, que daba a los hijos nacidos en él la calidad de legítimos y que legitimaba a los que no lo eran; b) por haber cometido el hijo emancipado grave falta contra la persona o la honra de sus padres; y, c) por sentencia del juez.

La patria potestad terminaba por las causas siguientes: 1) por muerte natural o civil del padre o del abuelo que la estuviese ejerciendo, entendiéndose por muerte civil, la pena corporal de deportación o destierro, o cualquier otra similar; 2) por la elevación del hijo a la dignidad episcopal o a la de tesorero del rey; 3) por la comisión del pecado de incesto por el padre o el abandono o exposición del hijo a las puertas de las iglesias u hospicios; y, 4) por la emancipación voluntaria, que era facultativa del padre.

Si el hijo era adoptado por otras personas pasaba el ejercicio de la patria potestad al adoptante.

En relación a este tópico, disposiciones posteriores como el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación, etc., no modifican en nada lo dispuesto por las 7 Partidas, podríamos pensar que en la época era una evolución y un avance en las relaciones familiares y la institución que se trata.

f) Leyes de Toro

El hijo al casarse salía de la patria potestad de manera

permanente, al igual que si hacía votos religiosos, entraba la potestad del abad.

Cabe destacar que con la palabra abad se designaba al superior de los monasterios.

g) Proyecto del Código Civil de García Goyena

El título relativo a la patria potestad señala que los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a los padres; continúa con que los hijos menores de edad (20 años) están sujetos a la patria potestad, y no podrán dejar la casa paterna sin permiso de su padre; también establece que el padre dirige la educación de sus hijos y es su legítimo representante en juicios. Reconoce el poder de castigar moderadamente a los hijos y de hacerlos castigar con el encierro.

Los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos eran los siguientes: el padre era el administrador legal de los bienes de los hijos menores; los bienes que el hijo adquiría con el caudal del padre mientras estaba bajo su patria potestad, pertenecían a éste en propiedad (reminiscencia del Derecho Romano). Los bienes que eran donados al hijo para seguir una carrera y los que adquiría por su trabajo, independientemente del padre, pertenecían al hijo en propiedad y en usufructo.

La pérdida de la patria potestad se podía dar de manera natural, ya sea porque el hijo llegara a la mayoría de edad y por muerte; voluntariamente, por emancipación o adopción.

También se perdía por condena privatoria de la patria potestad

(maltrato y corrupción de los hijos); y, se suspendía por ausencia, incapacidad o sentencia, de los que la ejercían. Si el padre dejaba de ejercer la patria potestad, podía ejercerla la madre.

1.6. Derecho francés

La revolución francesa abolió la institución en su concepción romana, suprimió la autoridad paterna en el sentido dominante de explotación, transformándola en el deber de protección.

En la concepción del derecho francés, los derechos de la patria potestad eran atribuidos al padre y a la madre para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tenían en consideración de sus hijos.

Lo que en la legislación francesa se llamaba la "caducidad" de la patria potestad, corresponde a nuestro concepto actual de la "pérdida de la misma" y, en un principio, afectaba a los padres culpables de haber excitado o favorecido habitualmente el libertinaje de sus hijos.

En el proyecto del Código de Napoleón, el Consejo de Estado, al desarrollar el fundamento de la patria potestad, diferenció 3 etapas:

1. La naturaleza quiere que en la infancia tengan los padres sobre los hijos un poder pleno de protección y defensa.
2. Hacia la pubertad el hijo tiene necesidad de una mano fuerte

que lo proteja.

3. Desde la pubertad hasta la mayoría de edad, el poder de los padres es un medio de protección y defensa.

Por lo que establecía que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza y plasmado por la ley.

1.7. Derecho mexicano

Para nuestros antepasados, la familia azteca en particular, era el hombre el jefe de ella, mas en derecho, tanto el hombre como la mujer estaban en igualdad de condiciones, él era quien educaba y castigaba a los hijos varones y ella a las niñas, pero ambos podían amonestarlos sin distinción.

En semejanza con el derecho romano, el padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando debido a la pobreza le era imposible mantenerlos, también estaba facultado para casar a sus hijos, y si el matrimonio era celebrado sin su consentimiento, era tenido como una afrenta pública.

Para castigar a los hijos, podían hacer uso de la violencia. Les herían con espinas de maguey, les cortaban el cabello, si el hijo era tenido por incorregible, con permiso de las autoridades, podían venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y desnudo a un charco de lodo. Eran muy estrictos, podían reprenderlos con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro, y hacer una incisión pequeña en los labios.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

No obstante lo anterior, los estudiosos del tema consideran a esta familia profundamente humana, ya que el hombre siempre fue el sostén de la familia y la madre lo fue del hogar.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años, al llegar a esa edad eran entregados al Calmecac o al Telpochcalli, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre.

Cuando el padre moría, si su hermano se casaba con la viuda, entraba éste al ejercicio de la patria potestad. Los huérfanos acudían a cualquier pariente, para que los sustentara en el caso de no darse el supuesto anterior, y este pariente adquiría la tutela de los menores (no se ve aquí una participación de los abuelos en forma especial).

El padre era quien enseñaba a sus hijos a conocerse y a gobernarse a sí mismos.

a) Código Civil de 1870

En éste se considera a la patria potestad con relación a las personas; reconociendo que los principios de justicia son los adecuados para conservar en bien de la sociedad, las relaciones de padres e hijos.

Establece que la patria potestad se ejerce sobre los hijos legítimos y sobre los hijos naturales legitimados y reconocidos. Su ejercicio estará a cargo del padre, en su defecto, de la madre; del abuelo y a falta de éste se ejercerá por la abuela.

En este terreno, se realizó una notable aportación, ya que el Código de las Partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, habían quitado a la madre la potestad que el Fuero Juzgo le concedía.

A este código se le reconocen 3 innovaciones:

1. La concesión de la patria potestad a la mujer.
2. La mujer tiene la libre administración de los bienes del hijo.
3. Extensión de la patria potestad a los abuelos y abuelas, permitiendo su renuncia, siempre que lo crean prudente, en bien de sus descendientes; ya que el pensamiento dominante en la Comisión, es no introducir personas extrañas en los negocios domésticos.

También suprime los encierros y establece la facultad de la autoridad para auxiliar a los padres a corregir templada y mesuradamente a los hijos.

Asimismo, reconoce que el hijo podía abandonar la casa del que ejerce la patria potestad por decreto de autoridad competente.

En el capítulo final de este código se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Esas disposiciones son de derecho común, a excepción de la que concede a los padres la facultad de nombrar consultores a la madre y abuelas.

b) Código Civil de 1884

En este ordenamiento, la patria potestad se divide en onerosa y útil; la onerosa, no es más que el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la ley imponen a los padres para con sus hijos; y, la útil, es la reunión de derechos que la ley concede a los padres respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados.

En términos generales, esta legislación no modifica en nada la anterior, sólo en pequeñas modificaciones de origen exclusivamente gramatical.

c) Ley sobre Relaciones Familiares

En esta ley, se reglamenta claramente el capítulo de la patria potestad, en los artículos 238 al 269; dividiéndose en tres capítulos específicos: de la patria potestad misma; de los efectos de ella respecto de los bienes del hijo; y, de los modos de acabarse y de suspenderse.

1. La patria potestad se ejercerá sobre los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos (el parentesco sólo se da entre adoptante y adoptado). Para los hijos naturales es requisito el reconocimiento; si el padre y la madre viven separados, la ejercerá el que reconozca primero, y si reconocen ambos al mismo tiempo, el juez decidirá.

2. Desempeñarán su ejercicio el padre y la madre y, en su defecto, el abuelo y la abuela.

3. Quien esté sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

4. Cuando se ejercite conjuntamente la patria potestad por el padre y la madre, o por el abuelo y abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

5. Se prohíbe a los que ejercen la patria potestad enajenar o gravar en modo alguno los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización de juez competente.

6. Declara que la patria potestad termina por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayor edad del hijo, así como por su emancipación. Asimismo, dispone que se pierda cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho. Se preceptúa que se puede privar o modificar su ejercicio, si quien la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.

7. Tratándose de la suspensión, ésta opera por incapacidad declarada judicialmente; por la ausencia declarada en forma o por sentencia condenatoria que la imponga.

8. Reconoce los derechos de la madre, que aún en vida del esposo, ésta gozará de los beneficios económicos de la patria potestad separadamente, es decir, bajo el régimen de separación de bienes, tendrá la mitad de los frutos o productos que tocan a aquellos que ejercen la patria potestad.

2. Importancia de la patria potestad.

2.1. Concepto

La voz patria potestad procede del latín "patrius, patria, patrium", que significa lo relativo al padre, y de "potestas", la potestad o el poder.

Entre los padres e hijos existen relaciones jurídicas que rebasan los límites de la potestad del parentesco y que tienen que ser reguladas por la ley, que establece para ello un principio de autoridad en los padres, tradicionalmente llamado patria potestad. En el derecho moderno ésta es considerada una denominación impropia porque la institución no es una potestad absorbente como la patria potestad romana, sino una autoridad que tiene como fin la guarda, el amparo y la defensa; que no corresponde de manera absoluta al padre.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código de Napoleón, se habló de sustituir la denominación patria potestad, por la llamada, "de la autoridad de los padres y de las madres", pero la propuesta no prosperó. En el Código de Familia Ruso de 1918, se cambió por "derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres". En general los intentos por un cambio de nombre no han proliferado.

La historia de la institución de la patria potestad, muestra un proceso muy interesante, que va de la patria potestad poder, a la patria potestad deber, y de la institución como poder exclusivo del padre, a la autoridad conjunta del padre y la madre.

Para tener una mejor comprensión de lo que es la patria potestad, los diferentes juristas la han definido de la siguiente manera:

Para Edgar Baqueiro Rojas, es: "una fusión en la que los padres y abuelos tienen determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y los bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen".⁴

Marcel Planiol y Georges Ripert, definen: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".⁵

Según Alicia Pérez Duarte, es: "una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida".⁶

Para Manuel F. Chávez Ascencio: "Los menores de edad no emancipados están sujetos a la patria potestad, bien sea de sus padres o de sus abuelos maternos o paternos. La patria potestad implica la representación legal del menor y se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos".⁷

Ignacio Galindo Garfias, considera que: "...el concepto de patria

⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Op cit. p. 79.

⁵ PLANIOL, Marcel y otro. Biblioteca Clásicos del Derecho. Derecho Civil. Volumen 8. Oxford. México. 2001. p. 255.

⁶ PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. p. 210.

⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Porrúa. tercera edición. México. 1994. p. 304.

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 de la maternidad".⁸

Sara Montero Duhalt, la conceptualiza como: "Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".⁹

Ni en nuestro Código Civil, ni en los códigos anteriores al de 1928, se contempla una definición de lo que debemos entender por patria potestad; sin embargo, algunos preceptos nos dan la pauta para encontrar los elementos esenciales; el artículo 412 del Código Civil, establece los sujetos pasivos de la relación; el artículo 414 los sujetos activos para el caso de hijos de matrimonio; el artículo 415 para los hijos nacidos fuera de matrimonio; el artículo 419 para el supuesto del hijo adoptivo; y, el artículo 422 establece la obligación de los sujetos activos de educar convenientemente al pasivo; el artículo 423 la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo.

En ese sentido, podemos definir la patria potestad como:

El conjunto de facultades y derechos, que la ley otorga a los

⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Porrúa. decimocuarta edición. México. 1995. p. 690.

⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Porrúa. segunda edición. México. 1985. p. 339.

ascendientes, con el propósito de que puedan cumplir correctamente con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

2.2. Fundamento

La patria potestad es una institución cuyo fundamento "se encuentra en la filiación, en la relación padre-hijo-hija y madre-hijo-hija, aunque se proyecta, también, a la siguiente generación: abuelo-nieto-nieta, abuela-nieto-nieta".¹⁰

Como ya se ha hecho mención, la procreación determina la filiación, y ésta a su vez trae consigo el establecimiento de un conjunto de relaciones entre padres e hijos, que en el ámbito de la familia, satisfacen necesidades de asistencia, protección y representación jurídica de éstos, mientras sean menores de edad no emancipados. Estas necesidades que satisfacen los padres, determinan la atribución de los menores al grupo familiar e implican el reconocimiento de las relaciones jurídicas fundadas en las autoridades paterna y materna, cuyo ejercicio tiene como objetivo la formación integral del menor.

De esta forma, la patria potestad se funda mediatamente en el hecho físico de la generación, e inmediatamente en la necesidad social de la conservación, educación y defensa de la criatura generada, pues quien da el ser ha de proporcionar indispensablemente los medios para que ese ser subsista y cumpla su función en la vida humana.

¹⁰ PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Op cit. p. 213.

Dichos medios corresponde darlos a los padres en primer término, porque ellos tienen el ejercicio de la patria potestad concedido por el derecho natural y las legislaciones positivas, y a falta de ellos los demás ascendientes; en su defecto, la sociedad, por medio del Estado debe suplirlos, mediante instituciones específicas como el Ministerio Público, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), etc.

"El Estado, entidad rectora, custodia del bien común, tiene como función primordial crear las instituciones que favorecen el desarrollo del hombre. La familia, institución primigenia, merece una especial protección, porque constituye el adecuado desarrollo y complemento del individuo. Teniendo en cuenta el carácter moral y consuetudinario de las relaciones familiares, donde el Estado ha observado cierto retraimiento, encomendando la reglamentación de esas relaciones a la autonomía privada y reconociendo la autoadministración de la familia, los padres gozan del derecho de la educación de sus hijos; si esta función no les es posible cumplirla directamente y a cabalidad, por lo menos tienen derecho de orientar a sus hijos y escoger los centros educacionales donde puedan cumplir con este anhelo natural. Por su parte, los hijos pueden exigir a los padres el derecho de ser criados y educados. El Estado debe favorecer este derecho recíproco, ayudando a los padres a cumplir su misión".¹¹

Así, algunas legislaciones, con el objeto de que la delicada función de la patria potestad no esté abandonada al arbitrio y abusos de los que la ejercen, las legislaciones modernas (principalmente los países germánicos) la someten a la inspección del Estado, ejercida a veces por una autoridad especial

¹¹ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Régimen de Personas. Tomo I. Temis. séptima edición. Colombia. 1998. p. 14.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tutelar.

En la doctrina española, anterior y posterior al Código Civil de 1889, se admite que la institución en cuestión se halla fundada en la naturaleza, y que no necesita del derecho positivo para actuarse, ya que el Estado no hace más que dar juridicidad a lo que existe biológica, psíquica, moral y socialmente, dictando reglas que buscan el logro de los fines de dicha potestad.

De esta manera, la familia es la base sobre la cual se consolidan imperativos fundamentales como la autoridad de los padres, a cuya relación jurídica, los hijos quedan adscritos hasta que adquieren plena capacidad jurídica.

En ese sentido, se puede decir que la patria potestad es una institución protectora de los menores, que tiene su fundamento en la naturaleza humana, porque confiere a los padres una misión, compuesta de facultades y deberes como son: asistir, educar y formar a los hijos y, es jurídica, porque algunos derechos y deberes son susceptibles de exigirse por la ley.

2.3. Naturaleza

Es difícil encontrar una definición acerca de la naturaleza jurídica de la patria potestad, ya que la doctrina no es uniforme en ese aspecto. Se puede definir como una institución, como una potestad o como una función.

En esa tesitura, "...Las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja; ordinariamente asumen a la vez la

condición de derechos y deberes. Educar a un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituyen para un padre o madre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirle estas potestades, la ley reconoce un derecho natural, pero le impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación. Se conjugan así el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de derechos-deberes que caracteriza a la institución".¹²

Asimismo, Rojina Villegas, considera que existen derechos subjetivos familiares, los cuales define como los que, "constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto".¹³

También explica que en la patria potestad existen derechos subjetivos de interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los menores; dicha intervención se lleva a cabo con la finalidad de educar, proteger y representar jurídicamente al incapaz; para lo cual, la ley reconoce un poder jurídico en los sujetos activos de la patria potestad, que les permite interferir en la esfera jurídica de los menores. Las prestaciones y deberes que se exigen de dichos sujetos activos, son tolerancia o abstención.

¹² BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II. Perrot. novena edición. Argentina. 1993. p. 147.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Tomo II. Porrúa. novena edición. México. 1998. p. 72.

Algunos autores, consideran que la patria potestad implica un derecho subjetivo del que la ejerce, ya que esta institución contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna, cuyo objeto no presupone la igualdad jurídica, sino que los fines que satisfacen, implican que los padres ejerzan un poder personal, indelegable y reconocido por la ley. Por eso, las relaciones jurídicas que contiene la patria potestad presuponen un derecho-deber. Es claro, el poder paterno se ejerce en interés de los hijos y no en el interés personal del padre o la madre. Sin embargo, no por ello la patria potestad se agota en una función, sino que implica un complejo de derechos subjetivos del padre y la madre en la medida que permite el ejercicio erga omnes del poder oponiendo su titularidad a quienes pretendieran desconocer su ejercicio.

Por su parte, otros autores critican esa postura y consideran que el titular de la patria potestad tiene facultades que no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque éste es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta; mientras que las potestades son poderes instrumentales que persiguen el interés del otro, y que se encuentran estrechamente ligadas al cumplimiento de tales deberes.

"La patria potestad no es sólo un conjunto de derechos que se ejercen en el interés exclusivo de sus titulares, es decir, el padre y la madre, sino que se trata del ejercicio de un derecho-deber, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos y de la estructura del grupo familiar y su inserción en el medio social, y que se ejerce no sólo en el interés que como padres, sus titulares tienen, sino en atención a los intereses del hijo, y aun, en última instancia a los intereses del grupo familiar, que no quedan delimitados

exclusivamente por los intereses particulares de cada uno de sus miembros".¹⁴

Respecto a la naturaleza de la patria potestad, transcribo la tesis sustentada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 47, volumen 55, cuarta parte, séptima época del Semanario Judicial de la Federación, que es de rubro y tenor siguientes: "PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él".¹⁵

Para Galindo Garfias, la potestad y el deber, la facultad y la obligación, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, ni tampoco corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber. De esta forma, se reconoce la coincidencia en el progenitor de un derecho y un deber, que es característica de las relaciones de derecho público.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público; pero internamente la patria potestad está organizada para cumplir la función protectora de los hijos menores, y ésta se encuentra constituida por deberes con base en los cuales el derecho ha conferido a los que la ejercen facultades. Para

¹⁴ BOSSERT, Gustavo A., y otro. Régimen legal de filiación y patria potestad. Astrea. Argentina. 1992. pp. 257 y 258.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, séptima época, p. 47.

este autor, externamente, la institución se nos presenta como un derecho subjetivo.

En el derecho moderno, la patria potestad es considerada como una función social, con la finalidad de atender y cuidar el interés de la familia y, por tanto, con un aspecto primordial de deber. En ese contexto, Galindo Garfias, sostiene que la patria potestad es una institución necesaria para la cohesión familiar.

En los progenitores recae el poder protector de la familia, desempeñando un cargo público, especialmente cuando asumen el cuidado de personas incapaces, que en otro caso correspondería al Estado.

En ese sentido, se puede concluir que la patria potestad tiene su naturaleza en una función otorgada a los progenitores en beneficio de los menores.

2.4. Contenido

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. Esta función que tiene como fin la protección de los hijos menores, es atribuida en base a consideraciones naturales (procreación), éticas (el interés de la familia) y sociales (formar hombres útiles a la sociedad), que ostentan los ascendientes para el ejercicio de ese oficio.

Ese conjunto de facultades y deberes tienen un contenido: natural, derivado de la procreación; afectivo, derivado del interés de los progenitores

hacia sus descendientes, para el desempeño eficaz de la función; ético, "derivado del deber moral que tienen el padre y la madre por atender los intereses de sus hijos e hijas y el de éstos de respetar y obedecer a aquellos"¹⁶; y, social, debido a que las potestades conferidas a los padres son de interés público, ya que mientras realicen su encargo en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

En ese contexto, el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

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

De lo anterior, se desprende, que el derecho objetivo exige que la autoridad del que ejerce la patria potestad se encuentre sólidamente establecida dentro de la familia, y el derecho privado, exige que se reúna en esta institución, el interés de los hijos y de los padres, el de la familia, el de la sociedad y el Estado.

2.5. Características

La patria potestad tiene las características siguientes:

1. Es un cargo de interés público. Como ya se señaló con

¹⁶ PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Op cit. pp. 213 y 214.

antelación, la finalidad de la institución de la patria potestad es el que los padres o quienes la ejerzan, eduquen, protejan y miren por el interés y el bienestar de los hijos, con una responsabilidad no sólo espontánea sino también amorosa, como un instinto natural.

Por lo anterior, "...el Derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público".¹⁷

2. Es irrenunciable. Al tener la patria potestad un significado de interés público se le considera irrenunciable, ya que implica la responsabilidad mas seria que puede asumir un sujeto, que es el traer hijos al mundo. De acuerdo con esto, el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

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

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

El hecho de que la patria potestad sea un cargo de carácter irrenunciable, deriva también del artículo 6 del mismo ordenamiento legal, el cual establece:

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 342.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

De lo anterior se colige que la renuncia al ejercicio de la patria potestad constituiría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos; de la misma manera que perjudicaría los derechos de los menores sujetos a ella.

En ese sentido, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido la tesis consultable en la página 65, tomo 30 cuarta parte, séptima época del Semanario Judicial de la Federación, que es del tenor siguiente: "PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LA. La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6o. del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone".¹⁸

3. Es intransferible. Esta característica se desprende de que el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución son de carácter familiar y, por lo tanto, tienen un carácter personalísimo.

Al respecto, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado la tesis visible en la página 372, tomo I, primera parte-1, enero a junio de 1988, octava época del Semanario Judicial de la Federación, que a la letra dice: "PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA. SON INTRANSMISIBLES. Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado a lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario".¹⁹

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, séptima época, p. 65.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, octava época, p. 372.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4. Es imprescriptible. Ya que los deberes y derechos derivados de la patria potestad no se adquieren ni extinguen por prescripción. El obligado a desempeñarla, y que no lo hace, no pierde por ello su derecho para entrar a su ejercicio.

“El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre estos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el juez de lo familiar”.²⁰

5. Es temporal. Como lo contempla el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

En este caso, la mayoría de edad es de 18 años, de acuerdo con el artículo 646 del ordenamiento legal en cita.

6. Es excusable. Esta característica se desprende del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo con dicho artículo, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se pueden excusar de cumplirla, por dos razones: 1) Cuando tengan sesenta años cumplidos; y, 2) Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 343.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

desempeño.

Así, con base en esa posibilidad, la excusa es una facultad, más no un deber.

2.6. Sujetos

En el ejercicio de la patria potestad existen dos sujetos, uno activo y el otro pasivo. El primero de ellos es quien debe desempeñar el cargo y, el segundo, es sobre quien se cumple dicho cargo.

La diferencia conceptual entre titularidad y ejercicio de la patria potestad es difícilmente escindible; el ejercicio supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a cualquiera de los titulares o a ambos, desarrollar el complejo de facultades que la titularidad confiere. Así, puede haber titularidad con ejercicio actual de la patria potestad o titularidad con facultades potenciales de actuación.

El Código Civil para el Distrito Federal, reconoce como sujetos activos de la patria potestad, a los padres, a los abuelos paternos o maternos y a los adoptantes; y, como sujetos pasivos, a los menores de edad no emancipados, nacidos dentro o fuera de matrimonio y a los adoptados; así, "los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad".²¹

²¹ Ibidem. p. 344.

De esa manera, la ley diferencia el ejercicio de la patria potestad sobre los diferentes sujetos pasivos, de la forma siguiente:

1. Hijos nacidos dentro de matrimonio

El artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

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

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

El ordenamiento legal invocado, adopta como principio de la patria potestad, el ejercicio conjunto de la misma, ya que ambos padres tienen la responsabilidad de conducir la vida, la educación y la formación del menor.

El ejercicio conjunto de la patria potestad puede ser definido como el que impone validez a los actos decididos en común por ambos progenitores; pero también existe el ejercicio indistinto, que es aquél por el que se da validez al acto celebrado por cualquiera de los progenitores indistintamente.

La aplicación rígida de la regla de la actuación conjunta, es impracticable en muchos casos, por lo que es conveniente darle cierta flexibilidad, ya que no es posible que todos los actos se resuelvan en conjunto.

El Código Civil Francés, considera que la actuación de un progenitor cuenta con la anuencia del otro, con referencia a los actos relativos a la persona del hijo y respecto de terceros de buena fe.

El Código Civil Español, reconoce la validez de los actos que realice uno de los padres conforme al uso social, las circunstancias, o en casos de urgente necesidad.

El derecho italiano, establece que la posibilidad de actuar de uno de los progenitores, se extiende a los actos de administración ordinaria de los bienes del hijo, con omisión de los contratos por los cuales se conceden o adquieren derechos personales de goce.

En el derecho argentino, se habilita a los cónyuges a actuar individualmente y tomar decisiones referidas al hijo, se presume que los actos realizados por uno de los padres, cuentan con el consentimiento del otro; salvo ciertos supuestos en que se requiere el consentimiento de ambos progenitores, como es el caso de autorizar al hijo para estar en juicio, ejercer actos de administración sobre los bienes del hijo, etc. Se consideró más conveniente establecer con precisión los límites, a través de los casos específicos en que se requiere de la actuación conjunta. También obstará al ejercicio individual, la oposición del otro progenitor.

En nuestro derecho, los artículos 168 y 424 del Código Civil para el Distrito Federal, expresamente establecen:

"Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo

conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo Familiar”.

“Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez”.

En ese sentido, aunque no exista un precepto por el que se presuma que los actos realizados por alguno de los que ejercen la patria potestad, deba contar con el consentimiento del otro, debemos entender que todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los padres de común acuerdo o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y en caso de disentimiento entre los padres, el juez resolverá.

2. Hijos nacidos fuera de matrimonio

Tradicionalmente, se concebían diversos efectos, tratos civiles y sociales para los hijos antiguamente llamados naturales; pero se consideró que el origen filial de unos y otros no debía acarrearles diferencia a los derechos civiles, tales como el derecho a heredar a los ascendientes y demás familiares, recibir alimentos, etc.

Los artículos 380, 381, 416 y 417, del Código Civil para el Distrito Federal, establecen:

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

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

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

"Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales ente el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial".

3. Adoptado

El Código Civil para el Distrito Federal, consagra la llamada adopción; los requisitos que deben reunir las personas que deseen adoptar, ya sea a un menor o a un incapaz, aunque éste sea mayor de edad; los derechos y obligaciones que nacen de la adopción; así como el parentesco que de ella resulta, se limitan al adoptante y al adoptado.

Así, los artículos 390, 391, 395, 396, 410-A y 410-D del citado código, establecen:

"Artículo 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar.

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de

adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma; y,

III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente”.

“Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

“Artículo 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente”.

“Artículo 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo”.

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

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los

impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable".

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

En ese sentido, la patria potestad le corresponde al o a los adoptantes, conforme a lo dispuesto por el artículo 419 del Código Civil para el Distrito Federal, que prevé:

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

2.7. Relaciones que determinan su ejercicio

La patria potestad surge de una relación de autoridad, por lo tanto, los deberes y derechos inherentes a dicha institución, revisten tres aspectos fundamentales, que son: guarda, custodia y educación (corrección) de los menores no emancipados.

2.7.1. Guarda

El Diccionario Jurídico Mexicano, define la palabra guarda en los términos siguientes: "Por guarda de los hijos se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia".²²

Los elementos que caracterizan la guarda de los menores son:

1. Reconocimiento legal de la autoridad de los padres. Los artículos 412 y 413 del Código Civil para el Distrito Federal, establecen: el primero, que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley; y, el segundo, establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

2. El derecho-deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres, lo estatuye el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta obligación se confirma en el artículo 31, fracción I, del Código Civil, ya que reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

"...En primer término, los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos, cuidarlos y vigilarlos. Correlativamente, éstos tienen la obligación de vivir en casa de sus progenitores; no pueden dejarla sin su permiso, y si lo hicieren, ya sea por propia determinación o por imposición de

²² Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa y UNAM. quinta edición. México. 1992. p. 803.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

terceros, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten la asistencia necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad".²³

El incumplimiento del deber de guarda implica una forma de abandono, que constituye una causal de la pérdida de la patria potestad, según lo establece el artículo 444, fracciones V y VI, del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

"La patria potestad se pierde por resolución judicial:

...V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos;

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

Ese derecho-deber es el atributo más importante derivado del ejercicio de la patria potestad, ya que comprende la vigilancia de los actos del menor, con la finalidad de que éstos no corran riesgos o peligros, la corrección y la dirección de su conducta y valores; así como la obligación de guardar, mantener y educar al menor.

Al respecto, transcribo la tesis emitida por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 330, tomo I, primera parte-1, enero a junio de 1988, octava época del Semanario Judicial de la Federación, que es de rubro y texto siguientes: "PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA. La patria potestad se ha establecido principalmente en

²³ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Op cit. p. 148.

beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente".²⁴

El ejercicio conjunto de la guarda por los padres, presupone que éstos viven en el mismo hogar; pero en caso de separación, se produce un desmembramiento de la guarda, y será el padre con quien los hijos conviven, el que asuma jurídicamente los derechos-deberes inherentes a la guarda.

En caso de divorcio, separación o que los padres no estén unidos en matrimonio, corresponde a éstos y, en su caso, al juez, determinar sobre la guarda de los hijos menores y separar los derechos y obligaciones que antes se ejecutaban de manera conjunta.

El que tiene el ejercicio de la patria potestad adquiere como consecuencia el derecho de guarda sobre los hijos; pero existe la posibilidad de separar la guarda del titular de la patria potestad, manteniendo los demás atributos de tal derecho; esto se da en el supuesto de que no se armonice su ejercicio con las finalidades de la patria potestad, si del ejercicio de este derecho se desprenden perjuicios para el desarrollo físico y moral del menor.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, octava época, p. 330.

“Entre los factores que deben ser examinados al momento de determinar el mejor interés del menor se encuentran los siguientes: la preferencia del menor, su sexo, su edad, su salud mental y física, la habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del menor, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive, la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia, y la salud psíquica de las partes. Ningún factor es por sí decisivo, hay que sopesarlos todos para dictar la solución más justa que satisfaga y proteja el bienestar e intereses del menor”.²⁵

2.7.2. Custodia

La palabra custodia es un término que proviene del latín “custos”, que significa “guarda o guardián”, y éste deriva de “curtos”, forma del verbo “curare” que quiere decir “cuidar”.

Para Edgard Baqueiro Rojas, la palabra custodia significa: “El cuidado y guarda de los menores o incapacitados incapaces de valerse por sí mismos”.²⁶

La custodia tiene como finalidad la atención y cuidado de la niñez como complemento de la patria potestad.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece la diferencia

²⁵ ESCALANTE, Luz María. Estudio sobre la patria potestad, la custodia y el derecho de visita. Tesis. Escuela Libre de Derecho. México. 1992. p. 74.

²⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Op cit. p. 29.

entre patria potestad y custodia, ya que son instituciones encaminadas al bienestar y cuidado de los menores de edad, pero distintas entre sí, pues mientras la custodia comprende los cuidados de los menores, la patria potestad abarca tanto el cuidado de éstos como de sus bienes.

Aunque el código en mención no da una definición de custodia, ni establece sus efectos, la otorga "a los padres que ejercen la patria potestad si viven juntos, en caso de estar separados por divorcio o nulidad del matrimonio corresponde al juez determinar a cuál de los padres corresponde la custodia, aunque ambos conserven la patria potestad. En el caso de reconocimiento de hijos fuera de matrimonio, si el reconocimiento es simultáneo, la custodia se establece por mutuo acuerdo y a falta de tal el juez resuelve lo más conveniente para el hijo; si el reconocimiento fue sucesivo el primero en reconocer tiene preferencia en la custodia".²⁷

Sobre el particular, es aplicable la tesis emitida por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, consultable en la página 200, tomo VI, segunda parte-1, julio a diciembre de 1990, octava época del Semanario Judicial de la Federación, que a la letra dice: "MENOR, CUSTODIA DEL. CUANDO LOS PADRES SE SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO. El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el reconocimiento de hijo de padres que no vivan juntos, el primero se refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso en que, cuando los padres no hicieren el citado reconocimiento en el momento de registrar a su hijo, sea el juez de lo Familiar quien resuelva lo más

²⁷ Idem.

conveniente a los intereses del menor, previa audiencia a los padres y al agente del Ministerio Público, luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quién de los dos ejercería la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad, sea facultad de un juez Familiar resolver lo más conveniente a los intereses del menor".²⁸

En la doctrina mexicana, tampoco existen definiciones que nos permitan diferenciar el ejercicio de la guarda y custodia, y ello trae como consecuencia una confusión en las familias que se encuentran en crisis, al no saber diferenciar las instituciones de la patria potestad, guarda y custodia.

No obstante lo anterior, sí existen peculiaridades que nos permiten diferenciar estas instituciones, pero de ellas trataré en un análisis posterior.

2.7.3. Educación (corrección)

La palabra educación proviene del latín "educatio-onis", que es la "acción y efecto de educar".

Según el Diccionario de la Lengua Española, educar significa: Del latín 'educare'. 1. Dirigir, encaminar, doctrinar. 2. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. 3. Desarrollar las fuerzas físicas por medio del

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, octava época, p. 220.

ejercicio, haciéndolas más aptas para su fin. 4. Perfeccionar, afinar los sentidos. Educar el gusto. 5. Enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía.

“La principal misión de los padres es dirigir la formación de sus hijos, educarlos, trazar el rumbo moral de sus vidas. Es un derecho que les corresponde por naturaleza;...”²⁹

Al hablar de las obligaciones de los padres para con los menores, “la ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente”.³⁰

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, establece que los padres tienen por prioridad, el derecho de escoger el género de educación que haya de darse a sus hijos. Lo que significa la libertad de hecho y derecho de elegir a qué personas se dejará la instrucción de los menores.

En ese sentido, el artículo 308, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Los alimentos comprenden:

...II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;...”.

²⁹ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Op cit. p. 148.

³⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 347.

"Es de derecho natural que todos los hombres de cualquier raza, condición y edad, por poseer la dignidad de persona, tienen un derecho inalienable a una educación que responda al propio fin, al propio carácter, al diferente sexo y que se acomode a la cultura y tradiciones del país, y se abra, al mismo tiempo, a las relaciones con otros pueblos. ...Es también de derecho natural que los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación tanto cívica como religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Surge así un derecho de los padres a elegir centro docente, y, consecuentemente, la posibilidad de diferentes ofertas educativas que presupone la existencia de la libertad de enseñanza".³¹

Así, los artículos 3 y 31, fracción I, de la Constitución, otorgan el carácter de obligatorias a la educación primaria y secundaria.

Al ser la patria potestad un encargo de interés público y de un gran contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquélla; de esta manera, el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal, advierte que:

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

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

³¹ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid. 2001. p. 623.

La última parte del precepto transcrito, al mencionar "promueva lo que corresponda", se refiere, a que según el caso, el juez de lo Familiar, amonestará, apercibirá a quien no cumpla esta obligación, suspenderá al ascendiente que tenga esta obligación o podrá hacerse perder la patria potestad.

El derecho mexicano reconoce a los padres la facultad y la obligación de formar y educar a sus hijos en el ámbito de la familia; sin embargo, en algunas ocasiones, el o los progenitores que ejercen la patria potestad, no cuentan con los recursos necesarios para cumplir con dicha obligación, y cuando esto sucede, la ley establece que en parientes como abuelos, hermanos, tíos, etc., con suficiente capacidad económica recaiga dicha obligación, sin que ello implique la pérdida de la patria potestad de quienes la ejercen.

En ese sentido, debe atenderse a la formación integral del menor, en sus diversos aspectos culturales y espirituales, que abarcan no sólo la instrucción sino también el placer y la diversión.

En el derecho alemán se reconoce de manera expresa, la vigilancia como un medio de educación, que incumbe al padre, con el fin de evitar peligros al hijo, así como también para impedir que el hijo cause daños a terceros; este deber de vigilancia no está explícitamente mencionado en nuestro Código Civil, al hablar de patria potestad; pero existe, porque es un medio de educación, que el derecho reconoce al declarar que los padres deben responder por los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1919 del Código Civil para el Distrito Federal; asimismo, el artículo 1922 del

mismo código, establece que los padres no tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos.

Por otro lado, el deber de educar implica la conducta correctiva, de ahí que los ascendientes que tienen la responsabilidad moral y la obligación legal de educar convenientemente a los menores, cuentan con la facultad de corregirlos, para el mejor cumplimiento de su obligación.

"El deber de educar y corregir ha sufrido una evolución significativa, sobre todo porque anteriormente este deber implicaba la facultad de castigar a las personas sujetas a ella, con lo cual se justificaban las lesiones que padre, madre, abuelos o abuelas infligían a los niños y niñas menores con ese pretexto".³²

El Código Civil de 1932, en su artículo 423, establecía que: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente". Este precepto fue reformado, para privar deliberadamente a los padres de la autoridad paterna de que hablaba el anterior artículo 423, así como del derecho de castigar con mesura y con piedad a sus hijos, dejándoles sólo el derecho de corregirlos y el deber de darles buen ejemplo.

El texto actual del artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, reconoce el derecho de corrección de la siguiente manera:

"Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria

³² PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Op cit. pp. 224 y 225.

potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

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

Como se puede observar, el artículo anteriormente transcrito, remite al diverso 323 Ter, del mismo ordenamiento legal, el cual establece:

“Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar”.

Asimismo, los artículos 323 Quater y 323 Sextus, establecen:

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

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

“323 Sextus. Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha

conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código".

Dentro de la patria potestad, el derecho de corrección ocupa un lugar predominante, ya que es la manifestación inequívoca de la autoridad de los padres.

En virtud del derecho de educar a los menores, los que ejercen la patria potestad sobre ellos, pueden emplear los medios prudentiales de corrección; la ley no es específica en establecer cuáles son dichos medios; sin embargo, en la práctica, este poder de corrección se ejerce de modos diversos, como pueden ser: el consejo, el diálogo, la reflexión, la advertencia o, en su caso, la amonestación a los hijos por su propia conducta; el hecho de reprenderlos suele constituir la forma de sancionarlos, sin llegar al castigo físico, ya que en la actualidad, no puede aceptarse que la ley, en su actual grado de evolución, acepte como modo implícito de educación, el causar un daño físico o mental al menor.

"...Este derecho ha evolucionado ampliamente, desde la facultad ya mencionada de vida y muerte del menor, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del derecho civil los malos tratos son causa de

la pérdida de la patria potestad".³³

Así, los menores, se encuentran protegidos contra los abusos y excesos en el ejercicio del derecho de corrección, como lo reconoce el artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, al estatuir la pérdida de la patria potestad por los malos tratamientos que los padres infieran a los menores.

Es relevante mencionar que el llamado "derecho del menor", se perfila en numerosas legislaciones como una rama jurídica independiente, con una ratio legis específica, englobando disposiciones de derecho civil, penal, administrativo, del trabajo y seguridad social, algunos de los cuales han sido elevados a nivel constitucional. Un ejemplo de ello es el Código del Menor del Estado de Guerrero.

2.8. Efectos de la patria potestad

2.8.1. Derechos y obligaciones de los menores sujetos a la Patria Potestad

La patria potestad tiene como efecto directo el surgimiento de una serie de deberes y facultades.

Así, el estado de sometimiento en que se encuentran los hijos menores respecto de los que ejercen la patria potestad, incluye el deber de

³³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Haria. México. 1996. p. 230.

respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

“No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás descendientes”.³⁴

Al respecto, el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, reconoce el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres, de la manera siguiente:

“En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

“Deber de cuidado. El hijo legítimo, de cualquier edad, aun el emancipado, tiene la obligación de cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios...”.³⁵

Este deber supremo de los menores sujetos a la patria potestad y que a su vez regula la ley, es una consecuencia de las relaciones paterno-filiales en sentido amplio y no de la patria potestad en sí, ya que el deber en cuestión no se extingue al terminar la patria potestad, sino que el estado de hijo o hija existe sin importar la edad, condición o estado civil de éstos.

³⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 346.

³⁵ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. 1993. p. 318.

"La inclusión de este deber entre los preceptos del Código Civil, aparte de que ha sido criterio general en esta clase de cuerpos legales, no es tan superflua como se ha creído por muchos, frívolamente, si tenemos en cuenta que en esta rama del derecho las normas jurídicas y las morales se manifiestan inseparables unidas y cooperando a los mismos resultados".³⁶

Este deber, en general "es el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. 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 artículo 411 del Código Civil, carece de fuerza coercitiva".³⁷

"Existen como un deber moral impuesto por una tradición universalmente aceptada que constriñe a los descendientes a respetar a su padre y madre".³⁸

De lo anterior, se concluye que el deber en cuestión, es moral y de imposible sanción, ya que no es posible exigir coactivamente su cumplimiento.

El segundo deber de los menores sujetos a la patria potestad, es el de no dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

³⁶ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Volumen I. Porrúa, decimonovena edición. México, 1995. p. 379.

³⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Op cit. p. 699.

³⁸ PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Op cit. p. 224.

Así, el artículo 31, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal, reputa como domicilio legal del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Este precepto tiene relación con el artículo 421 del mismo ordenamiento, que establece lo siguiente:

“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”.

De esta manera, el precepto en cita reconoce el deber de los hijos de convivir con los padres o ascendientes, que se encuentren en ejercicio de la patria potestad.

Los deberes de tener al menor bajo custodia, de educarlo y de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo, parten de la base de la convivencia en común en el domicilio conyugal.

El decreto judicial que disponga la separación del menor de su domicilio legal, procederá únicamente cuando se encuentren en peligro valores fundamentales, como la moral y salud del sujeto a la patria potestad.

“Estas prescripciones tienen carácter visiblemente tuitivo y, más que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia, puesto que tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionar si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejo debidos al

contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio".³⁹

El derecho argentino, contempla en el artículo 277 del código civil un deber de los hijos que nuestro derecho no reconoce, el precepto mencionado dice que: "Los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa". Este derecho está vinculado a la educación del hijo, ya que le inculca hábitos de trabajo y le hace participar en cierta medida de los sacrificios paternos. La jurisprudencia lo considera un derecho-deber emergente de la patria potestad, el que no implica reputar a los menores trabajadores, en relaciones de dependencia laboral.

El derecho alemán contempla el mismo deber del hijo, el cual mientras viva en la casa de sus padres, sea educado y mantenido por ellos, está obligado a prestar servicios a los padres en la casa y en su negocio de una manera proporcional a sus posibilidades y a su posición en la vida.

En ese sentido, el derecho mexicano no reconoce expresamente la obligación de prestación de servicios a los padres; pero es una norma tan natural, que podríamos deducirla del deber general de obediencia que tiene el menor con respecto a los ascendientes que ejercen la patria potestad.

³⁹ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. pp. 379 y 380.

2.8.2. Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos de la patria potestad son los referentes a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

Así, la autoridad de los que ejercen la patria potestad, marca la coincidencia entre el interés público (por el carácter ético de la actividad misma del Estado) y el interés privado, ya que los ascendientes buscan proteger y formar intelectualmente a sus hijos menores.

Para cumplir con el propósito mencionado, la ley confiere a estos derechos y obligaciones un doble aspecto: respecto a la persona de los menores y respecto de sus bienes.

1. Respecto a la persona de los menores:

a) Representación del menor (representación legal)

Al ser los menores de edad, incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad.

En ese sentido, la patria potestad implica para el que la ejerce, el poder de representar al menor en todos aquellos actos para los cuales carezca de capacidad. Esta representación es consecuencia del cuidado de la persona y bienes del menor, ya que el que lo protege y actúa en su interés, lo representa supliendo su incapacidad en la celebración de toda clase de actos y contratos.

La institución de la representación legal del menor obra en

beneficio de éste, para su mejor protección, y a la vez de los terceros que otorgan contratos relacionados con el patrimonio del sujeto a la patria potestad.

El Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a este tema en los artículos siguientes:

“Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez”.

Este precepto señala que el menor no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación sin el consentimiento del o de los que ejercen la patria potestad; pero para el caso de un menor emancipado, aunque el consentimiento mencionado estuviera dado, éste no podrá contraer obligaciones, ni comparecer en juicio por sí mismo, ya que sólo lo podrá hacer con la actuación de su representante legal. En la práctica, la última parte del precepto, se aplica para el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor contraiga matrimonio.

“Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella...”.

Al ser la incapacidad de obrar la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados y, por consiguiente, la necesidad de actuación por medio de representante legal, este artículo atribuye a los que ejercen la patria potestad, la representación con carácter general, incluyéndose las actuaciones judiciales y extrajudiciales.

"...El menor no emancipado, sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, quienes son los legítimos representantes de los hijos que se encuentran sometidos a ellos".⁴⁰

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

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

Como el dispositivo legal antes transcrito, no señala el procedimiento a seguir para su aplicación, se deduce que se complementa con el texto del artículo 441, que a la letra dispone:

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

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

⁴⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Op cit. p. 703.

Así, de estas dos disposiciones se derivan dos situaciones de carácter legal: 1) la acción para que se tomen las medidas a que se refiere, puede ejercitarla toda persona interesada; y, 2) no se afecta jurídicamente el ejercicio de la patria potestad.

Se nombrará a los menores un tutor dativo, en lo que se refiere a los actos en que exista la oposición de intereses con quienes ejerzan la patria potestad. Si son dos personas las que la ejercen y sólo hay conflicto de intereses con respecto a uno de ellos, el otro representará al menor, sin necesidad de nombrar tutor.

b) Designación del domicilio

El domicilio legal del menor de edad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad tienen el deber de custodia del menor (vivir con él); de ahí deriva la natural consecuencia del deber impuesto al hijo de convivir con quienes ejercen esta función, así como también deriva el deber de éste de no abandonar la casa de los que la ejercen, de acuerdo con el artículo 421, del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

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

En ese sentido, el artículo 31, fracción I, del ordenamiento legal en

cita, reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Asimismo, los que ejercen la patria potestad, pueden encargar la custodia a terceros, que pueden ser parientes o extraños, centros de educación en el país o en el extranjero, etc.

“La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor”.⁴¹

c) Proporcionar alimentos

El cumplimiento de la función protectora y formativa de los menores sujetos a la patria potestad, impone a los que la ejercen el deber de suministrarles alimentos.

Lo anterior, encuentra su fundamento en el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“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”.

Cabe destacar que la obligación alimenticia que deben cumplir los ascendientes respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad, sino

⁴¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 347.

que tiene su fuente en el parentesco, ya que no desaparece con la mayor edad del hijo.

"...La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos".⁴²

Sin embargo, aunque la filiación es el nexo más fuerte de parentesco, el deber de proporcionar alimentos a los hijos, tiene características más apremiantes respecto de los que ejercen la patria potestad, ya que la naturaleza de ésta, es el interés de la familia y el interés del Estado.

En ese sentido, la obligación de proporcionar alimentos tiene como característica que la forma normal en que los ascendientes pueden cumplir con dicha obligación, es mantener al hijo en el seno de la familia, esto es, en el hogar, a diferencia de la obligación alimenticia que deriva, en general, del parentesco, la cual se satisface cubriendo los gastos que demande la prestación de alimentos, ya que no existe obligación alguna respecto de esos parientes, de incorporar al acreedor alimentista a la familia.

En otro orden de ideas, puede acontecer que los que ejercen la patria potestad tengan limitados sus recursos económicos y no puedan

⁴² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Op cit. p. 702.

proporcionar alimentos a sus hijos. En estos casos, si existen otros parientes en el orden que señala la ley (abuelos, hermanos, tíos, etc.), que puedan proporcionarlos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello sea motivo de pérdida de la patria potestad de quienes la ejercen y no tienen capacidad alimentaria.

d) Educación, corrección y ejemplaridad

Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de educar al menor convenientemente.

"Considerando a la institución, desde el punto de vista de los ascendientes, la potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a los hijos. En la medida en que ese deber se cumpla, se justifica la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes y se funda la situación de subordinación en que se encuentran éstos respecto de aquellos".⁴³

Así, el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

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

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

⁴³ Ibidem. p. 701.

La educación mínima debe ser la primaria y secundaria, así como también se le deberán proporcionar al menor, los medios necesarios, para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

"La responsabilidad a que se refiere el código es de carácter civil; pero, aparte de ella, existe la responsabilidad administrativa establecida en el artículo 53 de la Ley Federal de Educación, que impone a los que ejercen la patria potestad que sus hijos o pupilos menores de quince años reciban la educación primaria".⁴⁴

El deber de educar implica la conducta correctiva.

El artículo 423 del Código Civil, prevé:

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

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código".

"...Aunque al maltrato a los menores sigue siendo por desgracia una práctica generalizada y que se da en todos los niveles socio culturales, ya no existe la sanción legal a la misma, aunque al maltrato pudiera considerarse

⁴⁴ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. p. 380.

leve... las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho".⁴⁵

Para cumplir con el deber de educación, los que ejercen la patria potestad, podrán pedir el apoyo de las autoridades con la finalidad de que los auxilien en el ejercicio de educar y corregir, a través de amonestaciones y correctivos necesarios.

Asimismo, el artículo 422 del Código Civil, prevé los medios para obligar a quien no cumpla con este deber, permitiendo la denuncia de dichas omisiones a los Consejos Locales de Tutela, para que a su vez, éstas lo comuniquen al Ministerio Público, y éste promueva lo que corresponda, que según el caso será: apercibir o amonestar a quien no cumpla con esta obligación por un juez de lo Familiar; suspender en el ejercicio de la patria potestad o perder definitivamente dicho ejercicio.

Como ya se mencionó en puntos que anteceden, el artículo 423 del Código Civil, anteriormente establecía que los que ejercían la patria potestad tenían el derecho de corregir y castigar a sus hijos.

Ahora, "El derecho a castigar ha sido cambiado en el texto del artículo 423, obligando a los que ejercen la patria potestad a observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Encomiable reforma, si tenemos en cuenta que nada es mayormente educativo que el buen ejemplo".⁴⁶

⁴⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 348.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 349.

e) Derecho a nombrar tutor testamentario

El autor Rafael de Pina, define la tutela testamentaria de la manera siguiente: "...es la que debe desempeñar la persona designada por el último ascendiente del incapaz, designación que debe contenerse en el testamento".⁴⁷

Por su parte, Sara Montero Duhalt, la define como: "...la que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley".⁴⁸

Los artículos 470 y 471 del Código Civil para el Distrito Federal, establecen:

"Artículo 470. El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

"Artículo 471. El nombramiento de tutor testamentario, hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados".

De lo anterior se desprende, que si quien está ejerciendo la patria potestad muere, en el caso de que hubiera ascendientes de grado ulterior, si designó tutor en el testamento, éste es el que se hará cargo del menor.

⁴⁷ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. p. 389.

⁴⁸ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 367.

Asimismo, el que deja en su testamento bienes a un menor, tiene el derecho de nombrar tutor para la administración de dichos bienes, aunque el menor no esté bajo su potestad.

En ese sentido, el artículo 473 del código en cita, dispone:

"El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje".

Sin embargo, Sara Montero Duhalt, distingue: "Esta designación es impropriamente llamada 'tutela', pues la persona designada no desempeñará la función específica de tutor, que es la de ser representante del pupilo. Su misión consiste únicamente en administrar los bienes que se dejaron por herencia o por legado a un incapaz. Debería llamársele administrador testamentario".⁴⁹

Las personas facultadas para nombrar tutor testamentario son: 1) El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad; 2) El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción si la madre ha fallecido o no puede ejercerla legalmente; 3) La madre del interdicto, si el padre ha fallecido o no puede ejercerla legalmente; 4) El adoptante; y, 5) El que deje bienes por testamento a un incapaz.

La duración de la tutela testamentaria, puede ser temporal cuando sólo tenga por objeto reemplazar a un ascendiente incapacitado o ausente, en

⁴⁹ Idem.

cuyo caso, una vez que cese el impedimento o se presente el ausente cesará la tutela; y, será definitiva cuando se haya dispuesto expresamente en el testamento, que continúe.

2.8.3. Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor

Los menores de edad, por tener capacidad de goce, pueden ser titulares de derechos reales y personales, pueden ser propietarios de bienes raíces o muebles, así como acreedores de una persona o deudores de otra.

Los bienes inmuebles o muebles, pueden llegar a adquirirlos por diversas fuentes, como son: a) donación; b) herencia; c) legado; d) por su trabajo; y, e) otras vías (producto de la suerte o inversión de sus propios bienes).

Así, el artículo 428 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone:

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

- I. Bienes que adquiera por su trabajo; y,
- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título”.

Los bienes que el menor adquiere por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 429 del ordenamiento legal en cita. Estos bienes forman el llamado peculio profesional o industrial, y sobre ellos los que ejercen

la patria potestad, no tendrán injerencia alguna. Para tal efecto, la ley considera al menor como emancipado, de acuerdo con el artículo 435 del Código Civil, el cual es del texto siguiente:

“Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces”.

Al considerársele como emancipado, el menor tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesitará de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales, según lo dispone el artículo 643 del código multicitado, que señala:

“El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

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

Así, los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor, son dos: a) Administración de los bienes del menor; y, b) Usufructo legal.

1. Administración de los bienes del menor

La patria potestad, en su aspecto económico, es un poder eminentemente proteccionista, otorgado por la ley en consideración al menor

sujeto a ella, el que hasta que alcanza la mayoría de edad, puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 647 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

"El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

Asimismo, el artículo 425 del mismo ordenamiento legal, prevé:

"Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".

Como ya se señaló, la administración de los bienes de los hijos, es una consecuencia natural de la patria potestad, así como un aspecto directo del deber de asistencia y protección.

"...Es facultad consistente en el poder de ordenación u organización de esos bienes, en virtud de la cual los padres realizan actos de conservación o mantenimiento de ellos,..."⁵⁰

Los bienes que obtenga el menor por medio de herencia, legados, donaciones, azares de la fortuna, le pertenecen en propiedad y la mitad del usufructo, y la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a los que ejercen la patria potestad (artículo 430 del Código Civil para el Distrito

⁵⁰ PARRA BENITEZ, Jorge. Manual de Derecho Civil. Personas y Familia. Temis. segunda edición. Colombia. 1990. p. 267.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Federal).

En el caso de que la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración, como lo prevé el artículo 426 del ordenamiento legal multicitado.

"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 según la natural destinación de la cosa de que forman parte. La doctrina designa estos actos como 'actos de administración ordinaria'.³¹

Las facultades de administración de los que ejercen la patria potestad, están limitadas por la ley, ya que no comprenden la libre disposición de los bienes del menor; así, la administración se extiende a los actos ordinarios, excluyéndose los extraordinarios.

Lo anterior, tiene como finalidad no comprometer el patrimonio administrado y la conservación de los bienes del menor.

"La idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es la de conservación de los bienes y los actos de

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Op cit. p. 704.

disposición, son contrarios a ese principio".⁵²

Los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal, se refieren a ello:

"Artículo 436. Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

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

"Artículo 437. Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomarán las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

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

⁵² Ibídem. p. 705.

La excepción a lo anterior, sería cuando el patrimonio del menor se encuentra formado por una empresa mercantil, ya que la conservación y el desarrollo de la empresa (destinada a la producción de bienes y servicios con propósitos de venta), harán que la administración comprenda actos de enajenación, que son los requeridos para la conservación de la negociación.

En la administración de los bienes, el padre tiene deberes comunes a los del administrador de los bienes ajenos, debe emplear la debida diligencia, rendir cuentas, asumir la responsabilidad.

Así, la figura del buen padre de familia, ha sido la pauta tradicional para calificar la buena administración en la gestión de los bienes ajenos.

Para el caso de mala administración, la ley prevé que los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias, ya sea a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público, en su caso, para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan.

También, la ley establece la obligación de las personas que ejercen la patria potestad de entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Asimismo, los que ejercen la administración tienen obligación de dar cuentas de la misma, para lo cual la ley no señala plazo, por lo que se debe entender que se solicitará a petición de parte interesada y siempre al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Para ilustrar lo anterior, a continuación se transcriben los artículos 439, 441 y 442 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Artículo 439. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos".

"Artículo 441. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

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

"Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen".

De los preceptos transcritos, se puede concluir que las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen a los descendientes sujetos a ella, por mala administración; asimismo, están obligados al pago de los daños y perjuicios que causen a los menores, por actos que sean dañosos y contrarios a la conservación del patrimonio que administran, cuando no se ha puesto la diligencia que un padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

2. Usufructo legal

La institución del usufructo legal tiene como precedente el derecho

romano, en el que todo lo que el hijo adquiría constituía la propiedad del pater (unidad patrimonial de la familia).

Actualmente, "...diríase que usufructo legal es, por tanto, el derecho real que tienen los padres de familia sobre ciertos bienes del hijo menor no emancipado, que les significa la facultad de gozar de ellos, esto es, de percibir los frutos que produzcan los mismos, sean naturales o civiles".⁵³

El Código Civil para el Distrito Federal, reconoce que la propiedad y la mitad del usufructo de los bienes que el hijo adquiriera por cualquier causa, excepto por su propio trabajo, pertenecen a éste; y la administración y la otra mitad del usufructo, corresponden a los que ejercen la patria potestad; sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto (artículo 430 del ordenamiento legal en cita).

"Como los que ejercen la patria potestad son normalmente los mismos obligados a dar alimentos a sus hijos menores, el importe de dichos alimentos se deducirá de la mitad del usufructo a que tienen derecho los primeros, y si esta parte no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad".⁵⁴

De esa manera, el artículo 319 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

⁵³ PARRA BENITEZ, Jorge. Manual de Derecho Civil. Personas y Familia. Op cit. p. 266.

⁵⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 351.

"En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad".

En apariencia, este artículo nos muestra una contradicción con la responsabilidad que deben tener quienes ejercen la patria potestad, en lo relativo a la prestación de alimentos hacia el menor, pero como lo vimos al tratar los alimentos, éstos surgen de la necesidad y de la posibilidad del sujeto pasivo y activo respectivamente; necesidad que es independiente de la edad; así, tratándose de un menor con bienes, parte de ellos se puede destinar para proveer a sus necesidades.

El derecho de usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos, es de una naturaleza muy particular, por su afectación familiar, ya que dichos ingresos son destinados primordialmente a los gastos de alimentación del menor; de esta manera, los ascendientes no pueden conservar los productos, más que aquello que exceda de lo que es necesario para la alimentación y educación del sujeto a la patria potestad, conforme a su fortuna.

Los réditos o rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad, como lo establece el artículo 433 del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior es así, ya que los que ejercen la patria potestad, no han realizado respecto de dichos bienes actos de administración que justifiquen

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el derecho de usufructo.

De esa manera, dicha disposición confirma el carácter compensatorio de la institución de la patria potestad.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título, como lo son: el ascendiente que ejerza la patria potestad tiene la obligación de hacer inventario, avalúo de los bienes antes de entrar al disfrute de los mismos, no alterar la forma, ni la sustancia de los bienes, usarlos para el objeto para el que están destinados, devolverlos cuando el derecho se extinga, etc., sin embargo, se les exceptúa del deber de otorgar fianza, pues como ya se ha señalado con antelación, a las personas que ejercen la patria potestad, les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio; y sólo para los casos en que pueda existir un peligro para el menor, se exige garantía.

Así, el artículo 434 del Código Civil para el Distrito Federal, señala las excepciones a dicha regla, de la siguiente manera:

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

- I. Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- II. Cuando contraigan ulteriores nupcias; y,
- III. Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

hijos".

En otro orden de ideas, los que ejercen la patria potestad pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, ya sea por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. Esta renuncia hecha a favor del hijo se considera donación.

Los artículos 431 y 432 del Código Civil para el Distrito Federal, ilustran lo anterior, de la forma siguiente:

"Artículo 431. Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda".

"Artículo 432. La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

De lo anterior, se concluye que los padres pueden renunciar a este derecho porque se trata de un derecho privado que no afecta directamente, ni al interés público, ni a terceros, y la renuncia es considerada como una donación al hijo, ya que al tener el usufructo carácter compensatorio, ingresa al patrimonio del menor un valor económico que de otra manera no pertenecería a él.

El artículo 438 del ordenamiento legal multicitado, establece los casos en que se extingue el usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, de la siguiente manera:

"El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la

patria potestad, se extingue:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la patria potestad; y,
- III. Por renuncia".

En la actualidad, se considera que la autoridad paterna no es un derecho para el padre, sino una función que ejerce en interés del hijo; así, el derecho de goce legal es un anacronismo, porque la autoridad paterna se ejerce no sólo en interés del hijo, sino de la familia, y el derecho de goce legal debe reflejar esa idea en el terreno pecuniario, ya que al ser al padre el propietario de los ingresos del hijo, le permite mejorar la situación de toda la familia.

2.8.4. Extinción, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede terminarse en forma definitiva, ya sea por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida; en el último caso, se extingue totalmente para el que la ejerce, pero en el caso de que existan otras personas (padres, abuelos o algún otro ascendiente que designe el juez de lo Familiar) que la puedan ejercer, el menor quedará sujeto a la patria potestad de otra persona.

1. Extinción de la patria potestad

La patria potestad se extingue (acaba) cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, en el caso de que ocurran ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir.

El artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, señala los casos en que la patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce como para el sujeto pasivo, en los términos siguientes:

"La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo; y,
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes".

De este precepto se desprende, que mientras el descendiente es menor de edad, las padres y a falta de estos los demás ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo Familiar, tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección del menor.

2. Pérdida de la patria potestad

La patria potestad se pierde "cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación;...".⁵⁵

Así, el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

⁵⁵ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. p. 383.

"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 el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;

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

V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos;

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses;

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

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

3. Suspensión de la patria potestad

La suspensión de la patria potestad, significa no poder ejercerla temporalmente, esto es, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

"...Por tanto, la suspensión no implica pérdida de la titularidad de la patria potestad, a diferencia de la privación (sanción) y de la emancipación

(extinción, o privación)".⁵⁶

El artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, establece los supuestos que llevan consigo la suspensión de la patria potestad, que son los siguientes:

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

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

Estas cuatro causas de suspensión pueden cesar, en un momento dado, si el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; si el ausente regresa; si el que tiene hábitos de vicio deja de tenerlos; si al sancionado se le extingue su condena. En estos supuestos se requerirá la intervención judicial para que se declare que a quien se le había suspendido en el ejercicio de la patria potestad, lo ha recobrado.

4. Limitación de la patria potestad

⁵⁶ PARRA BENITEZ, Jorge. Manual de Derecho Civil. Personas y Familia. Op cit. p. 268.

El artículo 444 Bis, del Código Civil para el Distrito Federal, dispone:

"La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código".

Para ilustrar lo preceptuado por el artículo anteriormente transcrito, es necesario remitir al diverso 283, del ordenamiento legal en cita, el cual establece:

"La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres o a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección".

2.9. Diferencias de la patria potestad con respecto a la custodia

Después de haber analizado, en puntos precedentes, tanto a la patria potestad como a la guarda y custodia, en cuanto a sus características y naturaleza jurídica, y haber establecido los preceptos legales del Código Civil para el Distrito Federal, que las regulan, es necesario precisar sus diferencias, con el objeto de no confundir dichas figuras.

Las diferencias son las siguientes:

1. En cuanto a su naturaleza, la guarda y custodia surge como una relación natural entre padres e hijos; es decir, como un sentimiento innato de proteger, cuidar y vigilar los padres a sus hijos, para que éstos se desarrollen física y emocionalmente de la mejor manera.

En contraste, la patria potestad surge de la ley, como una necesidad de que los padres, independientemente de que por motivos naturales se sientan en la obligación moral de cuidar, vigilar y satisfacer las necesidades físicas y emocionales de sus hijos, existan disposiciones legales que se encarguen de la protección de éstos, obligando legalmente a los que ejercen la patria potestad a hacerlo, bajo consigna de sufrir las sanciones que la misma ley prevé.

2. El contenido de la patria potestad es más amplio que el de la guarda y custodia, ya que comprende dos aspectos: a) La protección de la persona del menor; y, b) Lo referente a los bienes del menor; esto es, un aspecto de tipo personal y otro de tipo patrimonial.

De lo anterior, se desprende que la patria potestad es un género, y tanto la guarda como la custodia, una especie de aquélla, ya que comprenden únicamente la cuestión relativa a la protección y vigilancia del menor, pero nada respecto de sus bienes.

3. La guarda y custodia son un medio de protección "de facto", en virtud de que se ejerce a través de la posesión o tenencia física del menor, para así cumplir con la misión de protegerlo y cuidarlo adecuadamente.

La patria potestad es un medio de protección que regula el derecho, ya que de ésta surgen disposiciones legales encaminadas a la protección de la persona y los bienes del menor, pero que no entraña necesariamente la posesión de éste, ya que se puede cumplir con el ejercicio de la patria potestad sin tener físicamente al menor.

4. La guarda y custodia tienen como principio, la reciprocidad, ya que si bien los padres tienen la obligación de proteger y cuidar a sus hijos, también es indudable que éstos tienen el mismo deber de ayudarlos y cuidarlos cuando aquéllos lo necesiten.

En cambio, la patria potestad no es recíproca, habida cuenta de que los hijos jamás podrán tenerla sobre sus progenitores.

5. En cuanto a las personas que están facultadas legalmente para ejercitar el derecho de guarda y custodia del menor, no tiene un carácter limitativo, como ocurre con la patria potestad, ya que no sólo los padres, abuelos paternos o maternos o demás ascendientes, pueden hacerlo, sino incluso extraños.

Por el contrario, el ejercicio de la patria potestad se limita a los padres, abuelos paternos o maternos, y en todo caso, a los demás ascendientes que designe un juez de lo Familiar.

6. En cuanto a su duración, la patria potestad es temporal, ya que surge con el nacimiento del menor y termina con la emancipación o mayoría de edad de éste.

En contraposición, la guarda y custodia, por ser esencialmente un derecho y obligación naturales, es permanente, ya que se da durante toda la vida de quienes son sujetos de esa relación y sólo se extingue con la muerte de alguno de ellos.

7. La regulación legal que se hace en torno a la patria potestad es más explícita y concreta.

En el caso de la guarda y custodia, como ya se señaló en un análisis anterior, éstas adolecen de normatividad, ya que no existe un apartado especial en la legislación civil que las regule, sino sólo disposiciones aisladas que se desprenden de otros capítulos, como lo son el de la patria potestad, el matrimonio, el divorcio, la nulidad de matrimonio, etc., lo cual constituye una omisión de la ley, si se parte de la base de que la guarda y custodia del menor es un punto medular en el desarrollo y protección del menor y que debe ser debidamente protegido por la legislación civil, al constituir un derecho de familia y ser ésta la base de la sociedad.

3. El procedimiento de la patria potestad.

3.1. El procedimiento en el Distrito Federal

El presente trabajo, pretende demostrar la necesidad de valorar debidamente los derechos de los menores que se encuentran inmersos en una controversia judicial, con el fin de hacer respetar sus derechos, incluso por encima de los que ejercen sobre ellos la patria potestad, cuando la conducta de éstos ponga en grave riesgo la salud y el bienestar de un menor, el cual será parte fundamental de nuestra sociedad.

En lo referente a juicios sobre patria potestad, el objetivo primordial es la seguridad y el bienestar de los menores, que se ponen en peligro, por la conducta nociva de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o, en su caso, de los demás ascendientes que entren a este ejercicio ante la falta de padres; por lo tanto, mediante el procedimiento de la patria potestad, se solicitará al juez que ordene lo conducente, a fin de sancionar a quienes incurrieran en dichas conductas, y así poner al menor en manos de la persona idónea para que éste recobre su seguridad y bienestar.

Por lo anterior, los juicios que versan sobre la patria potestad, se substancian de acuerdo a las "Controversias del Orden Familiar", las cuales revisten un procedimiento especial, regulado por los artículos 940 a 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Cabe destacar, que los procesos civiles, son el conjunto de actos a través de los cuales se desarrolla la relación jurídica entre las partes y el juez,

con la finalidad de que éste ponga fin a las controversias que se suscitan en torno a los atributos de las personas físicas y morales, a la organización jurídica de la familia y el patrimonio, determinando las relaciones económicas entre los particulares, que no sean de carácter mercantil, agrario u obrero, a través de una sentencia vinculativa con relación a las partes que intervinieron en él y a terceros.

- La forma típica es lo que conocemos como juicio ordinario civil, el cual podemos definir como el proceso contencioso típico al que se ajustan todas las contiendas entre las partes que no tienen señalado un procedimiento especial.

- El proceso civil reviste en cuanto a su desarrollo, una forma típica, a la cual se le han venido agregando diversas formas atípicas. El proceso ordinario civil es la forma típica, siendo las formas atípicas o especiales los juicios ejecutivos, los juicios rescisorios, los juicios hipotecarios, los juicios especiales de desahucio, aunados a las controversias de arrendamiento y a las controversias del orden familiar, estas últimas no contempladas como juicios especiales por el código procesal civil, sin embargo, contienen una serie de disposiciones que reglamentan las etapas del juicio, que permiten considerarlas como procedimientos especiales.

No obstante lo anterior, las resoluciones de los juzgados y tribunales, se apoyan con frecuencia, en tecnicismos ajenos a la materia familiar, que obstaculizan la justicia del caso concreto, al ignorar la ley que fue creada específicamente para regirla.

Así, se aplican al derecho de familia, principios jurídicos que fueron

creados para regir el procedimiento ordinario civil, olvidándose de las normas especiales, exclusivas de las controversias familiares, siendo en éstas donde se autoriza al juez a actuar discrecionalmente y aún de oficio, en beneficio de los menores, y en toda cuestión inherente a la familia.

“El justiciable, que reclama y espera la solución a sus conflictos, ignora cuáles sean los formulismos legales a los que el juzgador se entrega, que le impiden satisfacer sus legítimas pretensiones; tecnicismos que siendo de inexcusable aplicación en los juicios civiles que son de estricto derecho, no operan en la materia familiar, donde el Juez, (apoyado en una ley que ha abolido las formalidades superfluas) posee un amplio arbitrio para actuar de oficio, y ejerce un poder discrecional dirigido a proteger a los menores y a la familia, como indeclinable misión de orden público. El juzgador familiar no debe prescindir de sus facultades legales, tendentes al logro de una justicia material que atienda a la solución real del problema planteado, con la mirada fija en los fines de las normas, antes que en la validez formal del razonamiento en que se sustenta su decisión”.⁵⁷

El espíritu mismo de la ley debiera ser suficiente evidencia para abandonar el criterio que le confiere un tratamiento igual al proceso ordinario civil.

Tal espíritu de la ley fue claramente declarado por los propios legisladores al sostener lo siguiente:

⁵⁷ BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 1994. p. 18.

"La cuestión más importante de la Iniciativa la constituye, la adición del Título 'De las Controversias Familiares'. En términos generales, como se destaca en ese documento presidencial, esas controversias se señalan como de orden público. Dentro de las facultades discrecionales el Juez aplica las medidas adecuadas a cada caso. Se disminuyen las formalidades, subsistiendo las que significan seguridad y no complicaciones; subsistiendo las disposiciones generales para los asuntos que las exijan por su naturaleza y trascendencia. Se acepta la moralidad, con una sola audiencia. Se evita la dilación, con lapso breve para la sentencia, y no se acepta que la recusación, las excepciones dilatorias y los incidentes, obstaculicen las medidas provisionales. ...

En esta área, la especie normativa se distribuye en el Título Décimo Sexto, en un capítulo único que incluye los artículos del 940 al 956, en los que se previene: la consideración de orden público de sus problemas (artículo 940). La facultad del Juez para intervenir de oficio, sobre todo tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas de preservación, procurando avenimientos y convenios que eviten las controversias (artículo 941)".⁵⁸

Esas medidas del artículo 941 son, precisamente:

- 1) La facultad judicial para intervenir de oficio
- 2) La de suplir la deficiencia de la queja
- 3) La de procurar resolver el conflicto por convenio

Después de lo expuesto, es preciso concluir que al ser las

⁵⁸ Memoria del Senado de la República, Administración de Justicia, el Dictamen de Comisiones. p. 933.

“Controversias del Orden Familiar” un procedimiento especial, cuya tramitación y principios rectores presentan radicales diferencias respecto del proceso ordinario civil, los litigios sobre patria potestad deben tramitarse forzosamente conforme a esas reglas especiales.

3.2. Controversias del Orden Familiar

Las controversias del orden familiar, fueron creadas a raíz de la idea de proteger a los más débiles, que por sus circunstancias carecen de medios para poder ventilar el proceso en igualdad de condiciones junto con su contraparte.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador reformó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por decreto de 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de marzo del mismo año, añadiendo las “Controversias del Orden Familiar”, como un procedimiento especial para dirimir los conflictos que versen sobre la protección de la familia y de los menores.

Sin embargo, como ya se señaló, desgraciadamente la justicia familiar se desenvuelve casi con las mismas reglas, principios, vicios y limitaciones de la justicia civil y, por consiguiente, la norma imperativa que la rige, no ha logrado integralmente su propósito.

Entonces, todo conflicto que sobre cuestiones familiares se ventile ante los tribunales judiciales, se tramitará conforme a las normas especiales previstas por el capítulo de controversias del orden familiar, el cual se encuentra

contemplado, como ya se señaló, en los artículos 940 a 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 940 del código en cita, señala:

“Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad”.

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8º del Código Civil, los actos ejecutados al tenor de leyes prohibitivas o de interés público, son nulos, lo que implica que si por error el Juez aplicara en perjuicio de las partes algún precepto que contravenga ese interés o acuerde de conformidad una cuestión contraria al mismo, la parte afectada podrá solicitar la nulidad de ese acto, debiendo acreditar cada una de las cuestiones que invoque o los hechos en que funde su petición”.⁵⁹

Por lo tanto, la característica principal de las controversias del orden familiar, consiste en dotar al juez de facultades discrecionales para aplicar las medidas que estime adecuadas en cada caso, incluso para actuar de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, a disminuir las formalidades, quedando siempre las que constituyan una base de seguridad y no una complicación del procedimiento, al pretender sacrificar la seguridad jurídica por justicia.

En ese sentido, este procedimiento especial obliga al juzgador a

⁵⁹ HERNÁNDEZ FUENTES, Raúl Benito. Código de Procedimientos Civiles, comentado, concordado y con jurisprudencia. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1999. p. 638.

exhortar a las partes a resolver los conflictos que se susciten, mediante un convenio, ya que la avenencia de las partes será siempre preferible a cualquier sentencia.

En la regulación del procedimiento de las controversias familiares, se pone énfasis en la necesidad de intentar el arreglo de los litigantes, y la exposición de motivos de la ley, refiriéndose a lo anterior, declaró:

“Se establece la posibilidad de convenios para terminar los litigios, por exhortación que para ello hagan a las partes los jueces o funcionarios judiciales autorizados para esos casos (artículo 55). Consideramos que la labor del juzgador, no sólo debe culminar con sentencia, que por regla general no conforma a las partes en litigio, sino que es preferente que las facultades (que colocan a los jueces o funcionarios judiciales muy por encima de las pasiones o intereses en juego) se ejerciten con la irrefutable voluntad de avenir, más que dirimir; tal es lo que da la excelencia al Juez o funcionario, la bondad a la justicia, y la justicia al derecho”.⁶⁰

Es evidente el motivo que inspiró al legislador a enfatizar la conveniencia de concluir las contiendas familiares por la vía de la conciliación. La protección de la familia hace necesario preservar los lazos afectivos entre sus miembros y conservar el respeto, los sentimientos de solidaridad y amor y la disposición de ayudarse recíprocamente, es en beneficio de las partes, pero sobre todo en bien de los menores; y para lograrlo debe evitarse un juicio desgastante e intensificado entre ellos, y permitirles que solucionen sus diferencias de común acuerdo y terminen o eviten el litigio llegando a un

⁶⁰ Memoria del Senado de la República. Op cit. p. 935.

consenso que el juez debe propiciar y aprobar.

No se comprende, entonces, por qué los mismos juzgadores y tribunales obstaculizan el propósito de la ley, con argumentos estrictamente formalistas que están desprovistos de validez.

- Fases del proceso

En las controversias del orden familiar la etapa de instrucción se subdivide en dos fases; la primera, es la expositiva o postulatoria, en la cual se debe fijar la litis con la demanda y contestación a la misma y, en su caso, reconvencción y contestación a la reconvencción, pero conjuntamente con los hechos expuestos en la demanda y, en su caso, de la contestación a la misma y, a su vez, deberán las partes ofrecer las pruebas que estimen convenientes.

La segunda fase de la etapa de instrucción, es la probatoria, que consiste en el desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas a las partes.

Posteriormente, se inicia la etapa de juicio, con la sentencia que deberá pronunciar el juez, de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia, si es posible, y si no, dentro de los ocho días siguientes, de acuerdo con lo previsto por el artículo 949 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Facultades y deberes del juez

Las controversias del orden familiar constituyen uno de los procesos judiciales en el cual el juzgador cuenta con amplias facultades para

intervenir de oficio dentro del conflicto, conforme a lo previsto por el artículo 941 del multicitado código, el cual es del tenor siguiente:

"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 del 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".

El intervenir de oficio significa actuar de propia iniciativa y tomar decisiones no solicitadas por las partes, así como realizar trámites que juzgue convenientes y proveer las medidas que determine necesarias para cumplir su función protectora de la familia.

El juez de lo Familiar, al intervenir de oficio, tiene el poder de sustituir una mala defensa o un mal planteamiento de derecho, en salvaguarda del bien jurídico tutelado por la ley, el cual se constituye por el bienestar y la seguridad de los menores.

Asimismo, el juez de lo Familiar puede suplir la deficiencia en los planteamientos de derecho de las partes, según se desprende del párrafo

segundo del artículo 941, ya transcrito.

"Para cumplir los propósitos de la norma, sería indispensable que los tribunales familiares hicieran uso efectivo del arbitrio que la ley les concede, actuando espontáneamente, mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales, a modo de cubrir las imperfecciones de una defensa inapropiada en protección de la familia en términos tales de que, si dicha facultad discrecional hubiere sido bien dirigida, debidamente motivada y ejercida concientemente, no pudiera ser cuestionada por autoridad alguna".⁶¹

No obstante lo anterior, la obligación impuesta a los jueces de lo Familiar de suplir los planteamientos de derecho de las partes, tiene limitaciones que se generan en cuanto a su interpretación, por virtud de la cual el juez dictará el derecho que corresponda a los hechos expuestos por las partes.

Al respecto, tiene relación la jurisprudencia I.5o.C. J/40, sustentada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, consultable en la página 23, tomo 86, febrero de 1995, octava época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, que a la letra dice: "CONTROVERSIAS DE LO FAMILIAR. INTERPRETACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 941 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. La disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que obliga a los jueces y tribunales a suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, en las controversias de lo familiar, no

⁶¹ BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes. Op cit. p. 164.

es sino la aplicación del principio iura novit curia, de acuerdo con el cual el juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es aplicable, lo que es diferente a que se deba tomar en cuenta hechos o circunstancias no alegados oportunamente por las partes”.⁶²

El juez podrá cerciorarse de la veracidad de los hechos, personalmente o por conducto de trabajadores sociales.

“El juez podrá cerciorarse personalmente o con el auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos. El informe de los trabajadores sociales se considera como un testimonio de calidad”.⁶³

De la misma manera, podrá interrogar libremente a los testigos en relación a los hechos controvertidos.

Asimismo, debe dictar las medidas provisionales sobre el depósito de personas, alimentos y menores.

“Ni la recusación ni la interposición de excepciones dilatorias impedirán que el juez adopte las medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores, pues hasta después de tomadas dichas medidas se dará el trámite correspondiente a la cuestión planteada”.⁶⁴

- Cargas procesales de las partes

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, octava época, p. 23.

⁶³ GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Haria, quinta edición. México. 1991. p. 321.

⁶⁴ Idem.

Las cargas procesales de las partes en las controversias del orden familiar, son la presentación de la demanda junto con el ofrecimiento de las pruebas respectivas y el desahogo de éstas en la audiencia de ley.

Por otra parte, el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que:

“No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Tratándose de violencia familiar prevista en el artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el Juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el Juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público”.

También se prevén los casos urgentes a que se refiere el artículo

943, primer párrafo, del ordenamiento legal en cita, el cual establece que:

“Podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Las copias respectivas de la comparecencia y demás documentos, serán tomados como pruebas, debiendo relacionarse en forma pormenorizada con todos y cada uno de los hechos narrados por el compareciente, así como los medios de prueba que presente, haciéndole saber el Juez al interesado que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio para conocer de su procedimiento y como consecuencia, éste ordenará dar parte a la institución de Defensoría de Oficio para que, en su caso, asesore o patrocine a éste. Una vez hecho lo anterior se correrá traslado, a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el Juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento, o por disposición de la ley, el Juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio. ...”.

La aplicación del principio de la eliminación de formalismos en materia familiar, obedece a la ponderación del interés en juego, que discrecionalmente hará el juez, procurando que las medidas que tome sean eficaces y oportunas, para evitar las formas que se opongan a la consecución del propósito fundamental de la ley que es la protección de los menores.

“Las normas deben ser interpretadas en el sentido que permita

alcanzar su fin y no en su connotación literal. La justicia fruto de esa interpretación será útil a la sociedad, porque atenderá a la solución del problema planteado".⁶⁵

- Desarrollo de las controversias del orden familiar

El juicio inicia con la presentación del escrito o comparecencia de la parte interesada.

El escrito debe contener los requisitos que establece el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como el ofrecimiento de las pruebas por medio de las cuales se pretende acreditar el derecho.

Después, el juez dictará un auto, por medio del cual admitirá la demanda y las pruebas; ordenará emplazar al demandado para que produzca su contestación dentro de los nueve días siguientes, y señalará fecha para que tenga verificativo la audiencia de desahogo de pruebas.

Posteriormente, si el demandado decide dar contestación a la demanda, opondrá las excepciones y defensas que estime pertinentes, y ofrecerá las pruebas que crea convenientes.

El juez deberá, durante la tramitación del juicio, exhortar a las partes para lograr un avenimiento, a fin de resolver sus diferencias por

⁶⁵ BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes. Op cit. p. 168.

convenio.

"...en el mismo precepto 941 se faculta al juez de lo familiar con poderes para exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio. Es decir, se le otorgan poderes de conciliador, los cuales, por otra parte, están a tono con el texto del artículo 55 del Código, el que da facultades de conciliadores a magistrados y jueces en materia civil, para exhortar a las partes a tener voluntariamente un avenimiento sobre el fondo de la controversia y para lograr un convenio transaccional".⁶⁶

Una vez fijada la litis y admitidas las pruebas, el juez señalará fecha para la celebración de desahogo de pruebas.

La valoración de las pruebas se realiza de conformidad con el artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

"La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. Para resolver el problema que se le plantee, el Juez se cerciorará de la veracidad de los hechos y de los evaluará personalmente o con auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia. Éstos presentarán el informe correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados tanto por el Juez como por las partes. ...".

Asimismo, los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a los principios de la lógica

⁶⁶ Ibidem. p. 170.

y de la experiencia, y deberá exponer los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

La testimonial se valorará libremente.

El juez tiene la facultad de ordenar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea necesaria para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos.

En este tipo de juicios, no hay etapa de alegatos, y la sentencia debe pronunciarse de manera breve y concisa al concluir la audiencia de ley o dentro de los ocho días siguientes a ésta.

La apelación en contra de la sentencia dictada por el juez, debe interponerse por escrito ante el mismo juez, en el cual el apelante expresará los agravios que considere le causa la resolución recurrida.

3.3. Artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, anterior a las reformas de 27 de noviembre de 1997.

Dicho artículo establecía lo siguiente:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

El artículo en análisis establecía rígidamente el orden en el cual se debía ejercer la patria potestad sobre los hijos, al señalar que su ejercicio correspondía al padre y a la madre y, a falta de éstos, al abuelo y abuela paternos, y sólo a falta de ellos, al abuelo y abuela maternos

En primer término se encuentra plenamente justificado el hecho de que sean el padre y la madre quienes ejerzan conjuntamente la patria potestad, toda vez que son las personas idóneas para guiar la conducta de sus hijos, así como para administrar sus bienes de la mejor manera, pues la relación sentimental paterno filial está por encima de intereses personales o económicos.

En segundo término, por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad por parte de los demás ascendientes, a falta del padre y la madre, el artículo en comento era demasiado estricto en el orden que establecía, ya que no contemplaba el hecho de que existen una diversidad de elementos que pueden afectar al menor sujeto a la patria potestad, en cuanto a su entorno social, cultural, religioso, moral, económico, etc., y que deben ser valorados por el juez de lo Familiar al momento de decidir a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad de un menor, ante la falta de ambos padres.

Sobre el particular, algunos autores manifestaron lo siguiente:

Sara Montero Duhalt, afirmó que: "Con respecto al orden establecido por el artículo 414 del Código Civil, para entrar en el ejercicio de la patria potestad, es de censurarse que permanezca la norma discriminatoria para los abuelos maternos, dejándolos en segundo lugar con respecto a los abuelos paternos. En todo caso, y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debiera ser el juez quien determinara a quién corresponde el ejercicio de la

patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, y teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes debieran también ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón (a los siete años más o menos)".⁶⁷

Chávez Ascencio, expuso que: "...vemos que se trata en forma distinta el ejercicio de la patria potestad por los ascendientes. lo cual me parece no congruente pues no siempre serán los abuelos paternos los más indicados para que suplan al padre y a la madre. Todo lo contrario, la experiencia nos dice que tienen más contacto con los nietos los abuelos maternos, pues la esposa tiende a llevarlos más con sus papás que con sus suegros. ...".⁶⁸

De lo anterior, se concluye que no existía razón suficiente para que el orden establecido por el artículo en análisis, tuviera tanta rigidez, toda vez que el propio Código Civil para el Distrito Federal, contempla que el ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos debe ser el más conveniente para el menor.

En otro orden de ideas, no obstante la rigidez establecida por el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, al juez le correspondía decidir a quién otorgaba el ejercicio de la patria potestad, según lo contemplaba el numeral 418 del mismo ordenamiento legal, el cual establecía lo siguiente:

"Artículo 418. A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo

⁶⁷ MONTERO DUHALT, Sara Derecho de Familia. Op cit. p. 345

⁶⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares Op cit. p. 262.

414, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

De la transcripción anterior se evidencia que dicho artículo dio flexibilidad al orden establecido por el diverso 414, al dotar al juez de lo Familiar de facultades para determinar el orden en que los abuelos debían entrar al ejercicio de la patria potestad pero siempre tomando en consideración todas aquellas circunstancias que rodeaban al caso concreto y que lo ayudaran a determinar lo que fuera de mayor beneficio para el menor.

Sin embargo, cabe destacar, que la mayoría de los juzgadores dictaban sus resoluciones apegadas a la rigidez que establecía el artículo 414.

3.4. Artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado.

Actualmente, el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

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

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

En razón de que la patria potestad es un cargo de interés público,

los primeros llamados a ejercerla son los padres, como se puede observar del artículo anteriormente transcrito.

Así, el Código Civil para el Distrito Federal, prevé que el hombre y la mujer tienen igualdad de derechos y obligaciones; en consecuencia, les otorga el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre sus hijos; no establece una división de deberes y facultades entre los padres, sino que serán cumplidos por ambos, respecto de la persona y bienes de los hijos.

La jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad, a que se hace referencia en el capítulo segundo del presente trabajo, señala que la patria potestad es un derecho natural, si se toma como base las relaciones familiares, por lo que se considera que el parentesco biológico es la fuente real de la patria potestad; en consecuencia, a falta de los padres, la ley la otorga a los ascendientes más próximos, que son los abuelos paternos y maternos.

Aunado a lo anterior, la patria potestad es concebida como una institución de asistencia y protección hacia los menores, en razón de que su fundamento está en la misma naturaleza humana, que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos de la mejor manera posible.

En ese sentido, ante la falta de ambos padres, es necesaria la intervención del juez de lo Familiar, a fin de que sea él quien determine a quién correspondería el ejercicio de la patria potestad, atendiendo siempre al interés superior del menor, al tomar en cuenta todas aquellas circunstancias que rodean a un caso concreto, como pueden ser: la relación sentimental que tiene el menor con unos y otros abuelos, la situación económica de los abuelos, la

compatibilidad en cuanto a las costumbres entre el menor y los abuelos, el domicilio de unos y otros, y las consecuencias que generaría un drástico cambio de domicilio para el menor como sería el caso de cambiar a diferente entidad federativa o incluso de país. las edades de los abuelos y los menores, la diversidad de religión, la calidad moral de los abuelos en cuanto al buen ejemplo que proporcionarían para la educación y formación de carácter del menor.

De esa manera, los que ejerzan la patria potestad, están obligados a procurar a los menores todo lo necesario para su óptimo desarrollo físico, mental y emocional. El cuidado que deben proporcionar los padres o ascendientes siempre repercute en el menor, y de ello depende, en gran medida, lo que un niño llegue a ser en la edad adulta. La persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación.

Al respecto, Antonio de Ibarrola, expresa lo siguiente: "Cada que nace un niño surge la interrogación: ¿Qué será de él? Exige la misma respuesta: este niño será lo que sus padres le ayuden a ser. ...para que esta esperanza no defraude, sino que se realice plenamente, hay que educar al niño y educarlo bien. Educación física que fortalezca las energías del cuerpo, educación intelectual que desarrolle y enriquezca los recursos del espíritu, educación moral y religiosa que ilumine y guíe a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres."⁶⁹

⁶⁹ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Op cit. p. 445.

3.5. Instituciones involucradas

El Estado, como encargado del bien común, tiene la función básica de crear y proteger las instituciones que favorezcan al desarrollo y bienestar de la familia, al vigilar que ésta desempeñe correctamente sus deberes.

La justificación de la intervención estatal en la familia, está en la necesidad de proteger a los menores, ya que con frecuencia son maltratados física y mentalmente, abandonados, etc., además la autoridad debe participar en forma activa, para que el ejercicio de la patria potestad sea otorgado efectivamente en beneficio del menor, y sean tomados en cuenta todos los elementos auxiliares que el juzgador requiere para que su determinación sea la más favorable al menor.

Por lo anterior, la ley contempla organismos que cumplen la función de vigilar el bienestar de los menores.

Los organismos que contempla el Código Civil para el Distrito Federal, son:

- a) Los jueces de lo Familiar

El juez de lo Familiar tiene la función de intervenir, aún de oficio, para velar por el bienestar de los menores.

De conformidad con lo previsto por el artículo 634 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez de lo Familiar tiene la obligación de dictar las medidas necesarias para que el menor o quien carece de capacidad de

ejercicio, no padezcan perjuicio alguno, en su persona o en sus bienes.

Asimismo, debe determinar a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad, ante la falta de ambos padres, tomando en cuenta las circunstancias del caso, de conformidad con lo previsto por el artículo 414 del código en cita.

En principio, el juez de lo Familiar se convierte en tutor provisional, cuando el menor no cuenta con alguna persona que le dé protección; posteriormente, debe dictar las medidas necesarias de manera oficiosa, para asignarle un tutor.

b) El Ministerio Público

El Ministerio Público, tiene como función esencial la de fungir como representante en los procedimientos judiciales, para proteger tanto la persona como los bienes de los menores e incapaces.

El Ministerio Público, es una institución unitaria y jerárquica, que posee como funciones esenciales la de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; asimismo, interviene en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados; y, finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.

Cabe señalar, que el Ministerio Público es un órgano judicial, pero no jurisdiccional.

En consecuencia, no se le da la importancia suficiente a la

intervención que realiza, por parte de las autoridades jurisdiccionales, por lo que en ocasiones se prescinde de su comparecencia; no obstante, su carácter de representante social, que le permite actuar en defensa de los intereses de sus representados.

El Ministerio Público interviene en los procesos civiles en representación de menores o incapacitados, y lo hace, ya sea como parte accesorio o subsidiario o como simple asesor de los tribunales, a través de una opinión cuando existe interés público en el asunto correspondiente.

Por lo tanto, en contradicción con la potestad de los jueces y magistrados, el funcionario que actúa como representante del Ministerio Público, no puede proceder de acuerdo con su criterio personal, sino que está sujeto a las directivas señaladas por aquellos y, por lo tanto, actúa conforme a las instrucciones generales o especiales recibidas; precisamente, es esto lo que determina los límites en el ejercicio de sus funciones.

c) El Consejo Local de Tutelas

Por lo que respecta al Consejo Local de Tutelas, éste "...es un órgano de vigilancia y de información, coadyuvante de los jueces de lo Familiar en lo relativo al correcto ejercicio de la tutela y en la vigilancia de los menores e incapacitados que deben ser sujetos a la misma".⁷⁰

A través del Consejo Local de Tutelas, el Estado interviene para la protección de los menores, puesto que el papel natural de la familia es proteger

⁷⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia Op cit. p. 387.

al niño, pero si éste no cuenta con una, debe el Estado resolverse a organizar la protección del niño fuera de su familia.

La integración y funciones del Consejo Local de Tutelas, están reguladas por los artículos 631 y 632 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 631 en cita, establece:

"En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los jefes delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.

Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aun cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período".

Al respecto, el término que establece dicho artículo es muy corto, y la renovación anual del personal lo incita a convertirse en un organismo burocrático más, en el que los funcionarios poco interés tendrán en la suerte de los menores a quienes van a auxiliar, por lo que respecta al cuidado de sus personas y de sus bienes.

Por lo anterior, es necesario ampliar el plazo que dichos funcionarios tienen para desempeñar satisfactoriamente su cargo.

Por su parte, el artículo 632, prevé:

“El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

I. Formar y remitir a los jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez;

II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia; dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare;

III. Avisar al juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;

IV. Investigar y poner en conocimiento del juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

V. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537; y

VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma”.

Sin embargo, desde su origen, ha tenido poca actividad, incluso se considera que la representación que podrían ejercer a favor de los menores, no es muy confiable; no obstante lo anterior, ofrece una alternativa importante para la protección del menor a través de la autoridad.

3.5.1. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF)

a) La creación del DIF

La institución del DIF fue creada a través del decreto de 10 de enero de 1977, como un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual se denominó Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que tiene como fin primordial actuar a favor del bienestar familiar y social.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, se creó mediante la fusión entre el Instituto Mexicano de la Infancia y la Familia, y la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez; asimismo, en diciembre de 1982, se integró como organismo descentralizado al sector de la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública, encomendándosele la realización de los programas de asistencia social del gobierno de la República.

El DIF, es una institución orientada a promover y fortalecer el desarrollo integral y bienestar de la familia y la comunidad, propiciando que la niñez cuente con todos los elementos necesarios para su libre desenvolvimiento y crecimiento físico, intelectual y espiritual, preservando los valores éticos, morales y sociales de la familia, ajustándose a las demandas de la población, con el fin de lograr una justa organización social, acorde con la dignidad del ser humano, considerándolo como un instrumento que responde a los fines del desarrollo económico y social del Estado.

Con la creación del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, se pretende lograr el bienestar de la infancia, la familia y la

comunidad, a través de cuatro programas básicos, que son: medicina preventiva y nutrición, educación, promoción social y desarrollo de la comunidad.

El primero de los programas está encaminado a fomentar la medicina preventiva y curativa, a fin de lograr una mejora en la alimentación de la niñez y la familia; también, se promueve la higiene familiar y de la comunidad; igualmente, se proporcionan los servicios en materia de rehabilitación física de la niñez. Este programa incluye la atención médica, la capacitación de promotores de salud, campañas de higiene, la producción y distribución de desayunos, de la leche en polvo para lactantes y madres gestantes; así como la administración de los hospitales con los que cuenta el DIF para atender a los niños de familias de escasos recursos.

En el programa básico de educación se desarrollan dos modalidades que son: la preescolar y la extraescolar, en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, con la finalidad de atender a la población que carece de estos servicios por insuficiencia de instalaciones de este tipo, para contribuir a disminuir la tasa de analfabetismo y así fomentar la integración social, inculcando a los niños, jóvenes y adultos, la educación como un medio a través del cual el individuo está en posibilidad de lograr su plena realización social, cultural y humana, así como su incorporación a la estructura productiva del país, fomentando su sano crecimiento físico y mental, así como la formación de su conciencia crítica.

El programa de promoción social, es aquél por medio del cual se estimula la responsabilidad de la familia, mediante la formación, capacitación y coordinación de grupos de promotores sociales, que tienen como tarea, el cambio de la actitud de los padres, haciéndolos conscientes de su

responsabilidad en la protección y correcto desarrollo de sus hijos dentro de su ámbito social.

El programa de desarrollo de la comunidad, consiste en fomentar el bienestar individual y familiar, mediante la prestación de diversos servicios, para la incorporación del individuo, la familia y la comunidad, al desarrollo nacional, ayudándolos a tomar conciencia de su problemática, la seguridad y confianza en su capacidad, al orientar sus energías a trabajos de carácter colectivo y de beneficio común para todos los individuos, con el objeto de fortalecer la unidad económico-social de la familia y la comunidad.

b) Facultades y obligaciones del DIF para con los menores maltratados o en estado de abandono

El abandono y maltrato de los menores es consecuencia de la irresponsabilidad de los padres, problemas de personalidad o inmadurez, relaciones sexuales irresponsables, etc., lo que hace que los padres, voluntaria o involuntariamente abandonen a sus hijos.

Así, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, interviene en el ejercicio de la tutela de menores que corresponda al Estado, a través de establecimientos de asistencia social en beneficio de menores maltratados, en estado de abandono o de aquellos que no cuentan con familiares que puedan protegerlos, mientras éstos son incapaces de valerse por sí mismos, proporcionándoles vivienda, alimento, vestido, educación y algún oficio para que en su egreso de esta institución sean independientes o, en su caso, sean adoptados por aquellas personas que deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos que señala la ley.

Este sistema contempla la prestación asistencial a desamparados, con la promoción y operación de centros de protección social; dichos centros son los siguientes: casas cuna, casas hogar, hogares sustitutos, y albergue temporal.

Las casas cuna fueron creadas para atender a aquellos menores, que pueden ser desde recién nacidos hasta seis años de edad en aquellos casos en los que son maltratados, abandonados, o no cuentan con familiares que puedan protegerlos.

En las casas hogar se les brinda atención a los menores abandonados, maltratados o que por alguna circunstancia especial no cuentan con algún familiar que pueda hacerse cargo de ellos, los cuales podrán tener la edad de 6 a 18 años; se crearon dos casas hogar, una destinada únicamente para las niñas y la otra casa hogar para los varones.

Los hogares sustitutos fueron creados para atender a familias completas o incompletas con problemas socio-económicos, como son mujeres solteras y algunos otros casos, en donde a los menores se les interna únicamente de lunes a viernes, para que el padre o la madre puedan trabajar en el transcurso del día y no desatiendan a sus menores hijos, pudiendo recogerlos sábados y domingos.

Los albergues temporales, son aquellos que se crearon con la finalidad de atender a los niños, mientras se resuelve la situación jurídica de los padres o familiares que cuidan de ellos, y que por cualquier circunstancia, son sujetos activos en algún procedimiento judicial; si la situación es favorable para los padres o familiares, se les podría entregar nuevamente a sus hijos o, por el

contrario, serían remitidos a las casas cuna o casas hogar.

Cuando los menores llegan a la edad de 17 años, son separados de los demás niños y preparados para su egreso, como personas independientes, capaces de valerse por sí mismos.

A los mecanismos antes mencionados, deben sumarse los de asistencia social patrocinados por la iniciativa privada, cuyo funcionamiento se rige por los procedimientos y normas de calidad que el DIF establezca, a través de los estudios específicos que realice y de la supervisión permanente de sus programas y de aquellos otros que se lleven a cabo en el campo de la asistencia social, tanto en el sector público como en el privado.

Como puede verse, los objetivos que tiene el DIF, para con los menores que no cuentan con padres o con alguien que pueda hacerse cargo de ellos, o que se encuentran en circunstancias especiales de maltrato o desamparo y que son internos, ya sea de la casa cuna, de la casa hogar, o de los albergues temporales, son casi los mismos que tienen los padres para con sus hijos, pues el DIF a través de este tipo de casas, proporciona a sus menores vivienda, alimentos, vestido, educación, y un oficio para que en su egreso sean personas normales en relación a aquellos menores que viven con sus familias, siendo personas independientes que pueden valerse por sí mismas. También funciona para los casos de adopción, siempre y cuando se cumpla con los requisitos señalados por la ley; por lo que se considera una facultad del DIF, el dar a sus menores en adopción en los casos antes señalados, o bien, de retener al menor, cuando sus familiares deseen recuperarlo nuevamente y el personal profesionalista con el que cuenta, considere a tales familiares con un ambiente nocivo para los menores.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, prevé en su artículo 414, quiénes pueden ejercer la patria potestad ante la falta de ambos padres, o en determinados casos; sin embargo, es de considerarse que existen situaciones especiales que ponen al menor en peligro, ya que por su corta edad y falta de experiencia, no es capaz de valerse por su propia cuenta al no contar con personas aptas que pudieran guiarle correctamente en su formación, o bien, representarlo en juicio por algún problema

Por lo anterior, dichas funciones propias de la institución de la patria potestad, le han sido encomendadas al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, en dichas situaciones especiales.

3.6. Tutela

Es la "institución que tiene por finalidad la guarda de personas incapaces de regirse por sí mismas, tanto personal como patrimonialmente".⁷¹

Por tanto, son sujetos de la tutela los menores de edad que no estén sometidos a la patria potestad de sus padres o abuelos, y los mayores de edad que tengan incapacidad natural y legal, previa declaración judicial de interdicción.

"La tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no

⁷¹ Diccionario Jurídico Espasa. Op cit. p. 1405.

sujetos a patria potestad".⁷²

Además, existen otras clases de tutela distintas a las mencionadas en los conceptos anteriores, que no son tutelas de tipo general, sino que se dan en forma especial para casos determinados, limitados y temporales; tal es el caso de la tutela de los emancipados que comparecen a juicio, o de los menores cuando sus intereses son contrapuestos a los de las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad.

Asimismo, la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad, pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o que, teniéndolos, no puedan cumplir con la patria potestad.

"Resulta ser la tutela la forma que reviste la protección legal de los menores cuando no existe la patria potestad; su papel es esencialmente supletorio".⁷³

Por su parte, Rafael de Pina, señala que: "La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica...".⁷⁴

La tutela de mayores con incapacidad, no es sustituta de alguna

⁷² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 359.

⁷³ PLANIOL, Marcel y otro. Biblioteca Clásicos del Derecho. Derecho Civil. Op cit. p. 275.

⁷⁴ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. pp. 383 y 384.

otra institución jurídica, ya que si tiene alguna otra de las incapacidades consignadas en la ley como naturales o legales, entrará la tutela como una institución original y no supletoria de alguna otra institución.

El artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

En cuanto a la edad, el menor no puede ejercer sus derechos ni cumplir con sus obligaciones; por enfermedad, por incapacidad mental o física, una persona mayor de edad no puede ejercer sus derechos y administrar sus bienes, motivo por el que es indispensable el nombramiento de un tutor.

Asimismo, se le deben proporcionar al menor, todos los cuidados para su crecimiento, en caso de incapacidad natural, pero si se trata de incapacidad legal, se le deben brindar todos los medios necesarios para la cura de su enfermedad, integrarlo a la sociedad, así como alimentarlo y vestirlo.

La tutela es una institución familiar a cargo del Estado, la cual procura que alguien llene el vacío dejado por la falta de quienes pueden ejercer la patria potestad; en consecuencia, de ella deriva una relación similar a la de un hijo con sus padres, ya que debido a la convivencia del pupilo con su tutor y la responsabilidad de éste, logran un vínculo amoroso y familiar, objetivo principal de esta institución.

a) La tutela en el Código Civil para el Distrito Federal

La tutela se encuentra reglamentada por los artículos 449 a 617 de

la legislación civil, y como se verá a continuación, tiene una amplia regulación, en lo referente a los deberes y limitaciones en el ejercicio de la misma.

El artículo 449 del código en cita, establece:

“El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413”.

En cuanto a la incapacidad natural y legal, éstas son completamente distintas; la primera, se refiere a los incapaces que por minoría de edad no pueden ejercer sus derechos; y, la segunda, se refiere a las personas que siendo mayores de edad, son incapaces de gobernarse a sí mismas, motivo por el que debe nombrárseles tutor.

En ese sentido, el artículo 450 del ordenamiento legal en cita, establece que:

“Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores 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”.

b) Objeto de la tutela

El objeto de la tutela es la protección y guarda de las personas a que se refiere el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal; así como cuidar y administrar sus bienes. interviniendo para tal desempeño, el tutor, el juez de lo Familiar, el Consejo Local de Tutelas y el Curador.

“La incapacidad de ciertos sujetos (menores sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectación en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela”⁷⁵

En términos generales, el objeto de la tutela es:

1. La guarda y custodia del incapaz, comprendiendo al menor que tenga o no alguna incapacidad y a los mayores incapacitados.
2. El cuidado y administración de los bienes del incapaz.
3. La representación del incapaz, en todo momento dentro y fuera de juicio.

c) Clases de tutela

Las clases de tutela son tres: la tutela testamentaria, la tutela

⁷⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Op cit. p. 67.

legítima y la tutela dativa, tal como lo prevé el artículo 461 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Tutela testamentaria

Es la que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley.

“La tutela testamentaria es la que debe desempeñar la persona designada por el último ascendiente del incapaz, designación que debe contenerse en el testamento; sin embargo, si quien está ejerciendo la patria potestad muere, aun cuando haya ascendientes de grado ulterior, si ha designado tutor en el testamento éste se hará cargo del menor;...”⁷⁶

El artículo 470 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone lo siguiente:

“El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo”.

Tienen derecho a nombrar tutor por testamento:

1. El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo

⁷⁶ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. p. 387.

la patria potestad (padres o abuelos).

2. El padre o la madre que ejerza la tutela de un hijo mayor de edad incapacitado.

3. El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo.

4. El pariente o extraño que deja bienes por testamento a un incapaz que no este bajo su patria potestad ni bajo la de otro, solamente para la administración de los bienes que le deja.

El objeto de la tutela testamentaria es excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, ya que mediante el nombramiento de tutor testamentario, los padres eliminan a ambas parejas de abuelos del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos; en cuanto a los abuelos, también tienen derecho de nombrar tutor testamentario a sus nietos, lo cual tiene por objeto designar a la persona que consideren más conveniente para la tutela de sus nietos, eliminando a los designados por la ley como tutores legítimos.

La finalidad del derecho de los que ejercen la patria potestad, no es solamente eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien se considere más apto para esa función, cuando ellos ya no existan.

- Tutela legítima

"Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de las

personas señaladas directamente en la ley".⁷⁷

Existen tres clases de tutela legítima, las cuales son:

1. Tutela legítima de los menores. Esta clase de tutela se da cuando no hay quien ejerza sobre los menores la patria potestad, y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

El artículo 483 del Código Civil para el Distrito Federal, señala a qué personas corresponde el ejercicio de esta clase de tutela, a saber:

"I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; y

II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

El Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela".

En caso de que existan varios parientes del mismo grado, el juez elegirá al más apto para el desempeño del cargo, pero si el menor ya ha cumplido dieciséis años, él hará la elección.

2. Tutela legítima de los mayores de edad incapacitados. Esta tutela tiene las modalidades siguientes:

⁷⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 371.

I. La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde al otro cónyuge.

II. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre solteros con incapacidad

III. Los padres son tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela

IV. Si el incapacitado no tiene tutor testamentario o persona que pueda desempeñar la tutela, serán llamados a ejercerla, los abuelos, los hermanos del incapacitado, y los demás colaterales, debiéndose escoger al más apto.

V. Cuando el incapacitado tenga hijos menores de edad sobre los que ejercía la patria potestad antes de ser declarado incapaz, el tutor que se le nombre será también tutor de sus hijos menores, cuando no haya otro ascendiente a quien la ley llame para el ejercicio de la patria potestad.

3. Tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de asistencia.

Al respecto, el artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

"La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará

abandonado.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes el Juez decidirá sobre la administración de los mismos.

En todos los casos quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes”

En caso de que los menores abandonados o expósitos hayan sido acogidos por alguna casa de asistencia, ya sea pública o privada, el responsable de la misma desempeñará la tutela con arreglo a los estatutos de dicha institución

“La ley considera legítima la tutela de los menores que carezcan de parientes y sean acogidos en establecimientos de beneficencia o por personas físicas. Los tutores serán los directores de los hospitales o la persona que los haya acogido”.⁷⁶

En ese sentido, el artículo 494 del código en cita, dispone:

“Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban menores que hayan sido objeto de violencia familiar que se refiere este ordenamiento, tendrán la custodia de éstos en los términos que prevengan las leyes y los estatutos de la institución. En todo caso darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar”.

⁷⁶ BAQUEIRO ROJAS Edgard. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Op cit. p. 110.

- Tutela dativa

La tutela dativa es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima.

Así, el artículo 495 de la legislación civil, señala que:

"La tutela dativa tiene lugar:

- I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima; y
- II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483".

Las personas que pueden designar tutor dativo son:

1. El propio menor si ya cumplió dieciséis años, con la aprobación judicial y la opinión del Consejo Local de Tutelas. Si se rechazan los nombramientos que haga el menor, corresponderá al juez el nombramiento de tutor.
2. El juez de lo Familiar, a quien se le proporciona una lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, quien tendrá en cuenta las buenas costumbres y el interés por la infancia desvalida de las personas que forman dicha lista.

Los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad ni a tutela legítima o dativa, aunque no tengan bienes se les nombrará tutor dativo, que será designado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y del juez de lo Familiar.

Además de la lista que haga el Consejo Local de Tutelas, tienen obligación de desempeñar este cargo, de acuerdo con el artículo 501 del Código Civil para el Distrito Federal, las personas siguientes:

I. El Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, mediante los delegados que éste designe al efecto;

II. Los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal;

III. Derogada

IV. Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;

V. Los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten sueldo del erario; y

VI. Los titulares de establecimientos públicos de asistencia social.

Los jueces de lo familiar nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XV de este Título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

Tratándose de expósitos o abandonados que no hayan sido acogidos por un particular o por instituciones de asistencia social, la tutela siempre corresponderá al Gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo señalado en la fracción I de este artículo.

En este caso, no es necesario el discernimiento del cargo".

d) Órganos de la tutela

Los órganos de la tutela son aquellos a quienes se les encarga el cumplimiento de los fines de dicha institución, y son, de acuerdo con el artículo 454 del Código Civil para el Distrito Federal, los siguientes:

1. El tutor Es el órgano más importante de esta institución, por el grado de responsabilidad que tiene para con el pupilo, en todos los sentidos, ya que es la persona que desempeña totalmente la vigilancia de éste.

Pupilo es la designación que se le da al incapacitado sujeto a tutela.

"Es la persona física designada por testamento, por la ley o por el juez, que cumple la triple misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo".⁷⁹

"Para ser tutor se requiere ser persona capaz en pleno uso de sus facultades y de conducta intachable....".⁸⁰

Los deberes del tutor son de dos clases:

-Respecto a la persona del pupilo. El tutor debe cuidar del pupilo y procurar en todo momento, que sea debidamente alimentado y vestido, de acuerdo a su nivel económico y condición, así como cuidar su salud; en caso de

⁷⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 380.

⁸⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Op cit. p. 110.

que sea menor de edad, procurar que aprenda un oficio o estudie una carrera.

En cuanto al cuidado del pupilo, si éste se encuentra en algún supuesto del artículo 450. fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal. (los mayores 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) deberá estar al pendiente de su salud mental y física, y procurar su curación.

También deberá destinar los recursos del incapacitado, a la curación de sus enfermedades o a su regeneración, según sea el caso.

A ese respecto, el artículo 546 del código en cita, prevé:

"El tutor está obligado a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a su tutela.

Para el caso del tutor de las personas a que se refiere la fracción II del artículo 450 de este Código, además, está obligado a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador.

En todo caso, el Juez de lo Familiar se cerciorará del estado que guarda el incapacitado, tomando todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

Aun cuando no se rindan las cuentas a las que se refiere el

Capítulo XI de este Título, será obligatoria la presentación del informe y de los certificados médicos en los términos señalados por este artículo”.

Si los incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 450, no cuentan con personas que estén obligadas a cuidarlos, o si teniéndolas no pudieran hacerlo, entonces el tutor con autorización del juez de lo Familiar, quien a su vez consultará la opinión del curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al incapaz en una institución de asistencia social pública o privada en donde lo puedan educar y rehabilitar. En caso de que lo anterior no fuera posible, el tutor pedirá a los particulares trabajo para el incapacitado, compatible con su edad y circunstancias particulares, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No obstante lo anterior, el tutor continuará con su encargo vigilando en todo momento a su tutelado.

Si no existen personas obligadas a dar alimentos a los pupilos, su tutor se encargará de que sean alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal.

-Respecto a los bienes del pupilo. Como ya se señaló con antelación, una de las obligaciones del tutor, es la de administrar los bienes del pupilo, para lo cual deberá nombrarse previamente al curador, quien se encargará de vigilar todo aquello que haga el tutor, de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado; asimismo, podrá ser separado de la tutela por esa causa.

En ese sentido, la conducta que debe seguir el tutor, se clasifica de tres formas:

- Actos que obligatoriamente debe realizar el tutor, y que son: alimentar y educar al incapacitado; destinar los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación; formar inventario de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado con intervención del curador, en un término no mayor a seis meses, administrar los bienes de los incapacitados; representar al incapacitado en juicio o fuera de él; solicitar la autorización judicial para todos los actos que no pueda realizar sin ella; inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; invertir el dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas de la tutela y el que adquiriera de cualquier otro modo; depositar las cantidades que perciba, en las instituciones de crédito destinadas para ese efecto, y, admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.

- Actos prohibidos al tutor, son: dar fianza a nombre de su pupilo; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, pero si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva del cargo; no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado, y, no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado.

- Actos permitidos al tutor con autorización judicial o administrativa, son: en cuanto a la guarda del incapaz, para poder internarlo en un establecimiento de salud mental o donde le otorguen una educación especial; en

cuanto a su patrimonio, para renunciar a derechos, así como para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado, disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, enajenar o gravar bienes inmuebles y los muebles preciosos, sólo que sea por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad para el pupilo, para celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción, que tengan por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios, y en caso de rechazar una herencia a favor del incapaz; para hacer gastos extraordinarios en los bienes; para dar y tomar dinero a préstamo; para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes de escasa cuantía; y, para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

El derecho del tutor se refiere a que su cargo es remunerado, ya que tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado.

En ningún caso la retribución podrá ser menor del cinco ni exceder del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del incapacitado; pero podrá aumentarse la retribución en el caso de que los bienes hubieren tenido un aumento en sus productos debido exclusivamente a la diligencia o industria del tutor y, en ese caso, la remuneración podrá aumentar hasta un veinte por ciento de los productos líquidos.

2. El curador. Éste solamente vigilará que el tutor desempeñe correctamente las actividades que le designa la ley.

Las obligaciones que tiene el curador en relación al pupilo, son las siguientes: defender sus derechos en juicio o fuera de él; vigilar la conducta del

tutor en el desempeño de sus funciones, dando aviso al juez de todo aquello, que a su juicio, pueda causar daño al incapacitado; dar aviso al juez para el nombramiento de un nuevo tutor, a falta o abandono del primero; intervenir en la formación del inventario, y en la concesión de licencias judiciales para enajenar, gravar o transigir.

Este cargo también es remunerado.

3. El juez de lo Familiar. Es la autoridad encargada de intervenir en los asuntos relativos a la tutela, vigilando el conjunto de actos que realice el tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la trasgresión de sus deberes.

Cuando se da aviso al juez de que una persona se encuentra en el supuesto del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, le nombrará tutor forzosamente. En tanto se nombra al tutor, el juez cuidará de los bienes y persona del pupilo.

El juez de lo Familiar debe asegurarse que el tutor otorgue las garantías necesarias para el buen desempeño de la tutela, así como fijar la cantidad que haya de invertir el tutor en alimentos y educación del incapaz, y estar enterado de la carrera que elegirá el pupilo.

También aprobará la cantidad que se deba invertir para gastos de administración y sueldo de dependientes necesarios.

Asimismo, decidirá sobre la inversión de capitales del pupilo, enajenación de bienes por absoluta necesidad, y autorizará erogaciones de

gastos extraordinarios para la conservación y reparación de bienes.

Por último, vigilará la mejoría de los incapaces mentales o físicos, exigiendo al tutor un certificado médico en el mes de enero de cada año, sobre el estado de salud del incapaz.

4. El Consejo Local de Tutelas. Es un órgano de vigilancia e información sobre el buen desempeño de la tutela.

Actualmente, en cada demarcación territorial del Distrito Federal, existe un Consejo Local de Tutelas, formado por un presidente y dos vocales, los cuales durarán un año en su cargo, y serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por los jefes delegacionales, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas destacadas por su interés en la protección de los menores.

El artículo 632 del Código Civil para el Distrito Federal, señala las funciones principales de este órgano, las cuales ya fueron precisadas en el punto 3.5. del presente capítulo.

5. El Ministerio Público. Este órgano participa en nombre del incapaz al representarlo ante la sociedad.

También, tiene la facultad de promover la separación de los tutores que conforme a lo previsto por el artículo 504 del Código Civil para el Distrito Federal, no desempeñen correctamente su cargo.

Puede actuar ante el juez de lo Familiar, para que éste dicte las

medidas necesarias para la conservación de los bienes del pupilo.

Asimismo, puede solicitar que la garantía consistente en hipoteca, prenda o fianza, se aumente o disminuya proporcionalmente si los bienes del incapacitado aumentan o disminuyen durante la tutela, de acuerdo con el artículo 529 del código en cita.

e) Personas inhábiles para el ejercicio de la tutela y los que deben ser separados del cargo.

Para desempeñar el cargo de tutor, se requiere de una persona que esté en pleno ejercicio de su capacidad civil, que tenga condiciones de moralidad y rectitud acreditadas, y no tenga incapacidad natural o legal, y que en ningún caso, pueda actuar con intereses contrarios o enemistad con el incapaz; asimismo, se exige experiencia en los negocios y madurez de juicio.

Por lo anterior es que se han establecido diversas incapacidades para ser tutor, las cuales se encuentran previstas por el artículo 503 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

"No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;
- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- IV. Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;

V. El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso;

VI. Los que no tengan un modo honesto de vivir;

VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;

VIII. Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del Juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;

IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas;

X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;

XI. Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

XII. El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela; y

XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley".

Asimismo, el artículo 504 señala qué personas deben ser separadas del cargo de tutor, y son:

I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

III. Los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan

sus informes y cuentas dentro de los términos fijados por los artículos 544 Bis, 546 y 590;

IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;

V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;

VI. El tutor que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y

VII. El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela".

f) Excusas para el desempeño de la tutela

De acuerdo con el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; y

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".

g) Garantía para el ejercicio de la tutela

De acuerdo con el artículo 519 de la legislación civil, se advierte que el tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo, que consistirá.

"I. En hipoteca o prenda;

II. En fianza; y

III. En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda, en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella, se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad".

El tutor deberá dar la garantía dentro de los tres meses después de aceptado su nombramiento; pero si no pudiera dar la garantía por las cantidades que señala la ley, procederá al nombramiento de un nuevo tutor, y mientras tanto administrará los bienes un tutor interino.

Los documentos en que conste la garantía en cualquiera de sus especies, deberán exhibirse ante al juez de lo Familiar, quien los conservará en autos.

Las personas que están exceptuadas de otorgar garantía para el desempeño del cargo, son las que señala el artículo 520 del Código Civil para el Distrito Federal, y son las siguientes:

"I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya

relevado de esta obligación el testador:

II. El tutor que no administre bienes;

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que, conforme a la ley, son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo lo dispuesto en el artículo 523; y.

IV. Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él".

h) Cuentas de la tutela

En la tutela, por tratarse de intereses de incapacitados, el tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las operaciones y de los actos que realice.

Las cuentas de la administración deben ser detalladas, lo que significa una relación de las operaciones y actos llevados a cabo durante el cargo.

Estas cuentas deben rendirse por el tutor al pupilo, al llegar éste a la mayor de edad, o con asistencia de su curador si ha sido emancipado; por sus herederos si es que ha muerto.

En el mes de enero de cada año, se deberán rendir las cuentas ante el juez de lo Familiar.

El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando sea capaz de discernimiento, y mayor de dieciséis años.

La entrega de los bienes se hará en la misma forma como se hizo el inventario; es decir, en forma solemne y circunstanciada, haciendo referencia a la última cuenta aprobada.

“Concluida la tutela, el tutor debe rendir cuenta definitiva, además de los anuales, y hacer entrega de los bienes al menor que llegue a la mayoría de edad o al que haya superado su incapacidad; en caso de fallecimiento, el albacea de la sucesión del incapacitado; en caso de fallecimiento del tutor estas obligaciones pasan a sus herederos”.⁸¹

i) Extinción de la tutela

La tutela se extingue cuando desaparece la necesidad de proteger o representar a un incapacitado.

Existen dos motivos por los que la tutela se extingue, como lo señala el artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal, y son:

I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
y,

II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción”.

⁸¹ Idcm.

3.7. Curatela

La curatela es un cargo de carácter obligatorio, ya que por cada tutor debe nombrarse un curador porque es interés del Estado el cuidar que quede debidamente protegido el incapaz.

También, tiene beneficios sociales y jurídicos para el menor, debido a que las funciones que desempeña el curador, están encaminadas a vigilar y, en todo caso, a castigar al tutor en caso de irresponsabilidad.

En ese sentido, el artículo 618 de la legislación civil, dispone lo siguiente:

"Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500".

Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor, para protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir sus funciones, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y el pupilo.

"Los individuos sujetos a tutela además de su tutor tendrán un curador, excepto cuando se trate de la tutela de expósitos y de la judicial".⁸²

Tiene la función específica de cuidar todos los actos que realice el

⁸² DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Op cit. p. 394.

tutor, esto es, vigilar que dé al incapaz todo lo necesario para su subsistencia y para su rehabilitación, si es necesaria.

"Es la persona nombrada en testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor".⁸³

El curador debe estar pendiente del desempeño de las actividades del tutor, por lo que le hará entrevistas mensualmente, en las que revisará la correcta administración de los bienes, así como la mejora en la persona del menor si está enfermo, y que el porcentaje destinado a alimentos, educación y salud sean debidamente distribuidos.

Asimismo, dará su dictamen al juez durante el mes de enero de cada año, con el fin de confirmar la autenticidad de las cuentas que entrega el tutor.

a) Clases de curatela

1. La de los menores emancipados, cuyos padres fallecieron o quedaren incapacitados, quedarán sujetos a curatela, sólo para actos en los que la ley lo requiera, por lo que este tipo de curatela, es de carácter rígido.

2. La de los incapacitados y los declarados pródigos, en la que se requiere que una sentencia así lo estipule y establezca la sujeción a este tipo de

⁸³ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op cit. p. 386.

curatela.

De esa manera, la sentencia determina los actos para los que el incapacitado requiere la asistencia del curador; pero si dicha sentencia de incapacitación no especifica los actos para los que sea necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

b) Clases de curador

1. Definitivo. Es aquel curador nombrado al mismo tiempo que el tutor de esa clase. Cualquier persona sometida a tutela, además de tener un tutor, tendrá un curador, con excepción de los menores expósitos acogidos por particulares o instituciones de beneficencia pública.

2. Interino. Es cuando el tutor tiene esa misma calidad, y surge cuando estando varios menores sujetos a un mismo tutor, existan intereses opuestos entre ellos; y, en los casos de impedimento, separación o excusa del curador titular.

3. Testamentario. Es el nombrado por quienes tienen derecho a nombrar tutores en su testamento, o aquellos que ejercen la patria potestad sobre un incapaz.

4. Dativo. En todos los demás casos el curador será dativo, y su nombramiento lo hará el juez de lo Familiar, o el menor emancipado o no emancipado, si ya cumplió dieciséis años.

c) Deberes del curador

Al respecto, el artículo 626 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el curador está obligado:

I. A defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;

II. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;

III. A dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela; y

IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale”.

d) Derechos del curador

El curador podrá excusarse por las mismas razones que el tutor, y tiene los mismos impedimentos para cumplir con la curaduría.

Asimismo, podrá ser relevado del oficio, cuando hayan transcurrido diez años desde que se encargó de él.

También tiene derecho a una remuneración por su desempeño.

e) Terminación de la curatela

La curatela termina, en primer lugar, cuando es relevado el cargo, pasados los diez años, como lo señala la ley, y en segundo lugar, cuando el incapacitado sale de la tutela.

4. Derechos del menor en la legislación mexicana, a partir de la suscripción por México a la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.1. Derechos del niño

En todo el mundo, especialmente en los últimos años, ha tenido una gran importancia en la labor legislativa, el afán por extender, fortalecer, reconocer y proteger los derechos de los menores, puesto que en ellos se concentran las esperanzas de la humanidad.

Los Estados y organizaciones internacionales han procurado mejorar la calidad de vida de la familia y como consecuencia de este objetivo, la situación del niño en cuanto a educación, salud, vivienda, etc., han mejorado en términos generales.

En nuestro país, en particular, se han observado algunos cambios en la legislación de menores, debido a la preocupación por lograr que éstos tengan un óptimo desarrollo físico y mental, el cual se logra únicamente si se respetan sus derechos.

Lo anterior, debido a que las disposiciones que son aplicables a la infancia, pero que no se refieren específicamente a ella, no toman en cuenta las necesidades que les son propias, las cuales requieren unas normas más elaboradas que para los adultos.

Por lo anterior, es preciso establecer el concepto de los mismos, para poder conocer y entender las necesidades primarias de los menores.

Alicia Pérez Duarte, precisa que "los derechos de la niñez engloba el conjunto de derechos humanos, cuya aplicación está dirigida a los niños y a las niñas en función de los cuidados y asistencia especiales que requieren para lograr un crecimiento y desarrollo adecuados dentro de un ambiente de bienestar familiar y social".⁸⁴

"Es un esfuerzo al que concurren padres, hermanos y abuelos, gobierno y escuela, sector público y privado, izquierdas, centros y derechas".⁸⁵

El respeto a los derechos del niño, no incumbe solamente a la familia, ya que por la trascendencia que éstos implican, el Estado debe procurar la aplicación de todas las medidas necesarias para evitar la violación de tales derechos, que el legislador ha elevado a la categoría de garantías constitucionales.

4.2. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

La necesidad de regular los derechos del niño, tuvo su auge en el año de 1989; finalmente, el día 20 de noviembre de ese año, en la ciudad de Nueva York, fue promulgada la Convención sobre los Derechos del Niño.

La promulgación de dicha Convención propició que los países miembros intensificaran sus procesos de reforma, actualización y modernización de su orden jurídico interno con el fin de proteger a los niños, convirtiendo en

⁸⁴ PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Op cit. p. 346.

⁸⁵ MADRAZO, Jorge. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1990. p. 8.

normas obligatorias el conjunto de principios en ella contenidos.

La Convención originó un impulso y brindó la oportunidad de definir con mayor claridad y de armonizar las normas relativas a los derechos de los niños, y colmar los vacíos de las disposiciones existentes.

Este texto internacional supone una reformulación radical de las relaciones entre los niños y niñas y los adultos, y entre los niños y niñas y el Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es especial porque por primera vez en la historia del derecho internacional, los derechos del niño son incorporados en un tratado con fuerza coercitiva para todos aquellos Estados que la ratifiquen.

La Convención contiene disposiciones generales que tienen como objetivo primordial los derechos de todos los niños en asuntos de importancia para sus necesidades e intereses fundamentales. Además, ofrece protección a los niños que se encuentran en condiciones especialmente difíciles.

Dicha Convención comprende un mecanismo de aplicación, cuyo fin es garantizar el respeto de las obligaciones contraídas por los Estados Partes, por lo cual cuenta con un Comité de los Derechos del Niño, que examina los informes rendidos por los gobiernos sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma.

México suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, el día 26 de enero de 1990, pero no fue aprobada por la Cámara de Senadores sino

hasta el día 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 31 de julio del mismo año. El día 28 de noviembre de 1990, fue promulgada la citada convención, decreto que fue publicado el día 25 de enero de 1991. en el Diario Oficial de la Federación.

A partir de la suscripción por México a la Convención, hemos presenciado la continuación y el desarrollo, encaminados a darle vida a los principios que establece, aunque muchas de las veces sin la comprensión integral que el tema requiere.

“La Convención ha tenido un fuerte reconocimiento en el plano jurídico, y un impacto que ha alcanzado el ámbito político y social. Por esto, nos enfrentamos a un reto que va más allá del mundo del derecho, nos enfrentamos al reto de conseguir la instauración de una nueva cultura de respeto a los derechos de las niñas y niños, de todos ellos sin excepciones ni exclusiones. La Convención les reconoce como auténticos sujetos de derecho, que gozan de todos los Derechos Humanos de los adultos, más una serie de derechos específicos en función de su condición de personas en crecimiento y desarrollo”.⁸⁶

La responsabilidad de dar cauce jurídico a tan importante problema, es mediante una legislación sobre menores, moderna, amplia y eficiente que coloque a México en la vanguardia.

Los derechos reconocidos por dicha convención a favor de la niñez

⁸⁶ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 1999. p. 7.

son los siguientes:

- El interés superior del niño.
- Protección contra toda forma de discriminación.
- Respeto a ser educado por sus padres o por quien ejerza su cuidado.
- Derecho a la vida a la supervivencia y desarrollo.
- Derecho a la nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a ser separado de sus padres cuando sea necesario para el interés superior del niño.
- Derecho a expresar su opinión libremente.
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Derecho a la libertad de asociación.
- Derecho a la libertad de información.
- Derecho a la protección y asistencia especial para el caso de que sean privados de su medio familiar.
- Derecho a ser adoptado.
- Derecho a la asistencia humanitaria.
- Derecho a una vida digna para los niños física y/o mentalmente impedidos.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- Derecho a la educación.
- Derecho al descanso y al esparcimiento, al juego y a las

actividades recreativas.

-Derecho a la protección contra explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo peligroso o que entorpezca su educación o sea nocivo para su salud o desarrollo integral

-Derecho a la protección contra el uso ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como para impedir que sean utilizados en la producción y tráfico ilícitos de esas sustancias

-Derecho a la protección contra toda forma de explotación y abuso sexuales.

-Derecho a la protección contra el secuestro, venta o trata de niños.

-Derecho a ser tratado dignamente, para el caso de que se alegue que infringió una ley.

-Derecho a promover su reintegración a la sociedad.

Al respecto, resulta de gran trascendencia lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 12, 19 y 20 de la citada Convención, mismos que a la letra establecen:

"Art. 1. Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad,..."

"Art. 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen la 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 sean necesarios para su bienestar, teniendo en

cuenta los derechos y deberes de los 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 de 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”.

“Art. 5. 1. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

“Art. 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

“Art. 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato

negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberán comprender según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda la intervención judicial".

"Art. 20. 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda... o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño...".

En virtud de lo anterior, el Estado tiene el deber de implementar procesos eficaces para asistir al niño cuando sea víctima de abandono, malos tratos, abusos o violencia proveniente de sus padres o de quien legalmente ejerce la patria potestad sobre ellos, o en cualquier otra circunstancia.

Cabe señalar que los tratados internacionales se ubican

jerárquicamente por debajo de nuestra Carta Magna, pero en un plano superior respecto de las leyes federales y de las locales, motivo por el cual, toda controversia que se suscite debido a la interpretación de normas federales y tratados internacionales, serán estos últimos los que deberán prevalecer.

Dicho criterio ha sido sostenido en la jurisprudencia P. LXXVII/99, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 46, tomo X, noviembre de 1999, novena época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra establece: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión '...serán la ley Suprema de toda la unión...' parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de 'leyes constitucionales', y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del conjunto y

comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esa materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".⁸⁷

Por tal motivo, los derechos de los niños, así como las obligaciones de los padres, o de las personas que estén encargadas de su cuidado, de la sociedad y del Estado, para con ellos, que se encuentren contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, son jerárquicamente superiores a las leyes federales y locales.

⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11 versión, novena época, p. 46.

En consecuencia, los poderes legislativo y judicial tienen el deber de trabajar conjuntamente en la elaboración de procedimientos más eficaces para asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su sano desarrollo, físico y mental, atendiendo primordialmente al interés superior del menor.

4.3. Legislación mexicana sobre menores

4.3.1. La reforma al artículo 4º constitucional

El 7 de abril de 2000, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma al artículo 4º constitucional, atendiendo a la necesidad de elevar a rango constitucional los derechos de la niñez, el deber de los padres para observarlos, así como la obligación del Estado para proveer todo lo necesario para la vigilancia y ejercicio pleno de los derechos de los menores.

El citado artículo quedó de la siguiente manera:

"Artículo 4. La nación mexicana tiene una composición pluricultural, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agravios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

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

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez*.

La intención del legislador al elevar a garantía constitucional los derechos de la niñez, fue resaltar los deberes de los padres para preservar tales derechos y, especialmente, la obligación por parte del Estado de proveer todo lo necesario a fin de que la infancia sea objeto de absoluto respeto, cuidado y protección.

4.3.2. Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La suplencia de la queja es el deber que la ley impone a las autoridades federales para enmendar los defectos e imperfecciones que pueda llegar a tener la demanda de amparo o cualquier recurso previsto en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La demanda de amparo la deberá promover la persona que se encuentre en los supuestos que establece el artículo 76 bis de la Ley de Amparo; igual criterio se aplica para la interposición de los recursos.

El fundamento legal de la suplencia de la deficiencia de la queja se encuentra previsto en el artículo 107, fracción II, segundo párrafo, de la Constitución Federal, que establece:

"Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 104 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

...II.

...En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución".

Por su parte, el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, en su parte conducente, dispone:

"Artículo 76 bis. Las autoridades que conozcan al juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

...V. A favor de menores de edad o incapaces".

En consecuencia, la suplencia de la deficiencia de la queja, consiste en remediar los defectos o imperfecciones que tengan los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, así como suplir también las deficiencias de los agravios formulados en los recursos que prevé la Ley de Amparo, obligando al juez de Distrito o tribunal colegiado, a entrar al estudio de posibles aspectos que puedan violentar las garantías individuales del quejoso, sin necesidad de que los mismos hayan sido expuestos como conceptos de violación o de agravio.

Esta facultad no ha sido extensiva a los jueces del fuero común, lo cual constituye un obstáculo para la pronta impartición de justicia, máxime que en tratándose de juicios sobre menores, son los jueces de lo Familiar los órganos jurisdiccionales especializados en tales controversias, por lo tanto, conocen las omisiones en que cotidianamente incurren las partes.

4.3.3. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El 29 de mayo de 2000, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Esta ley tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes, el respeto a sus derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna.

Dicha ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: asimismo, establece en su artículo 5, lo siguiente:

"La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República".

También resulta de gran trascendencia lo dispuesto por el artículo 7, de la ley en cita, el cual es del texto siguiente:

"Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de los derechos.

El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa Nacional para la Asistencia de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades Federativas y municipios, en el

ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la instrumentación de políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes”.

Esta ley distingue entre niñas y niños, y adolescentes, al establecer que los mayores de 12 años serán considerados adolescentes

De igual manera, establece que la mayoría de edad se alcanzará al cumplir los dieciocho años, siguiendo el criterio establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La ley enuncia como principios rectores para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, los siguientes:

- a) El interés superior de la infancia.
- b) El de la no discriminación.
- c) El de igualdad.
- d) El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo
- e) El de tener una vida libre de violencia.
- f) El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- g) El de las obligaciones de ascendientes y de todas las personas que tenga a su cuidado a niñas y niños.
- h) El de tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Por otra parte, la ley contiene un título especial denominado “De la

procuración de la defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, el cual en el artículo 48 señala que para una mejor defensa y protección de esos derechos a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los Estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos.

Asimismo, el artículo 49 del mismo ordenamiento legal, establece las facultades que tendrán las instituciones señaladas en el párrafo anterior, y son las siguientes:

a) Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos del niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 constitucional y las previstas en la legislación aplicable.

b) Representar legalmente los intereses del niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables.

c) Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

d) Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

e) Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones a favor de la atención, defensa y protección de sus derechos.

f) Asesorar a las autoridades competentes, y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.

g) Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones a favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.

h) Definir, instrumentar y ejecutar políticas y mecanismos que garanticen la protección de sus derechos

i) Aplicar las sanciones establecidas en la ley.

Como se puede observar, los principios que contiene la ley en comento, en cuanto a la protección de los derechos de los niños, son un reflejo de los enunciados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.3.4. Código Civil para el Distrito Federal

Los derechos de los menores establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, han sido mencionados en el capítulo segundo del presente trabajo.

4.3.5. Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar

El tema de la violencia familiar ha cobrado mayor importancia dentro de nuestra sociedad, debido a los graves daños que la misma genera dentro de la familia, y que de diversas maneras se refleja en el desarrollo social, tanto del agredido como del agresor.

Por tal motivo, fue creado dicho ordenamiento legal, el cual tiene

como finalidad la erradicación de la violencia familiar, por medio de diagnósticos oportunos y terapias, a los que se encuentran inmersos en este tipo de violencia.

En virtud de lo anterior, se han creado centros de atención especializada en todas las delegaciones políticas del Distrito Federal; asimismo, se ha fomentado la creación de instituciones privadas y públicas, cuya principal labor es la protección a los receptores de violencia familiar, quienes reciben atención especializada, la cual se basa en modelos psicoterapéuticos reeducativos, tendentes a disminuir y, de ser posible, erradicar las conductas de violencia.

Los órganos jurisdiccionales que conozcan de juicios de los cuales se desprenda que existe violencia familiar, deben solicitar a las delegaciones o, en su caso, a las instituciones debidamente sancionadas por el Consejo para la Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, la realización de estudios e investigaciones, y éstas les enviarán los informes, dictámenes, procesos psicoterapéuticos tanto de los agresores como de los receptores de la violencia familiar, y su opinión al respecto.

Las delegaciones políticas podrán hacer del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes, los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, a fin de que dicten las medidas provisionales que corresponda.

4.3.6. Otras legislaciones

La Ley General de Salud, la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social y el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), son ordenamientos legales tendentes a asistir a los menores a fin de mejorar las circunstancias que les impidan su desarrollo integral

Los servicios básicos de salud que en materia de asistencia social deben procurarse a los menores, son los siguientes:

- a) La atención en establecimientos especializados.
- b) El ejercicio de la tutela
- c) La prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social.
- d) El apoyo a la educación y capacitación para el trabajo
- e) La orientación nutricional y alimentación complementaria
- f) La promoción e impulso del sano crecimiento físico, mental y social de la niñez.
- g) El fomento de acciones de paternidad responsable, que propicien la preservación de los derechos de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental.

Para prestar debidamente la asistencia social a menores, se creó el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que entre otras facultades, tiene la de poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance para la protección de incapaces, y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales

correspondientes.

Así, el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, dispone que el director de asistencia jurídica de dicha institución podrá proporcionar asistencia jurídica y patrocinar en los juicios en materia familiar, a los sujetos de asistencia social.

4.3.7. Consejo de Familia

El principal problema a que se enfrenta la justicia en nuestro país, lo constituye la falta de la correcta asistencia jurídica, psicológica, médica y social, que permita conocer al juez de lo Familiar las verdaderas causas de los conflictos familiares, ya que generalmente el juez tiene limitaciones para atraerse las pruebas suficientes para emitir su resolución de la mejor manera.

Asimismo, los profesionistas que auxilian al juez de lo Familiar (psicólogos, trabajadores sociales, médicos, pedagogos, abogados, entre otros), no lo hacen en forma adecuada, y en muchas ocasiones da la impresión de que el trabajo que realizan es demasiado despersonalizado en cuanto a la problemática sometida a su consideración, aunado a que sus opiniones no son siempre tomadas en cuenta por el juzgador.

Por ello, en atención a proporcionar una adecuada respuesta a este tipo de problemática, los Estados de Hidalgo y Zacatecas, han creado órganos auxiliares de la administración de justicia familiar, los cuales con apoyo en profesionales en la materia, asisten al juez de lo Familiar, proporcionándole los elementos probatorios idóneos para que resuelva conforme a derecho

cualquier conflicto de naturaleza familiar; dichos órganos son los Consejos de Familia.

A continuación, se da una referencia sobre la función y estructura que estos órganos tienen.

Código Familiar del Estado de Zacatecas

"Artículo 720. Se decreta el establecimiento de Consejos de Familia, cuya competencia es sólo familiar. Actuarán como auxiliares de la administración de la justicia, en la medida técnica que a cada miembro corresponda sólo en las cuestiones de índole familiar. Las funciones de los Consejos de Familia serán orientar e instruir el criterio judicial, basados en el conocimiento del medio social y en la educación de los miembros de la familia, para conocer las causas ignoradas de los problemas suscitados en el ambiente familiar".

Código Familiar para el Estado de Hidalgo

"Artículo 330. El consejo de familia actuará como auxiliar de la administración de justicia en los términos y con las facultades que señale el presente Código".

La integración de estos órganos es la siguiente:

Código Familiar del Estado de Zacatecas

"Artículo 723. Los Consejos de Familia estarán integrados por

cinco profesionistas, de las siguientes especialidades:

- I. Un Licenciado en Derecho, quien será el Presidente del Consejo;
- II. De ser posible un Psicólogo, que fungirá como Secretario del Consejo;
- III. Un trabajador o trabajadora social;
- IV. Un Médico General;
- V. Un Pedagogo.

Código Familiar del Estado de Hidalgo

"Artículo 333. Cada consejo de familia estará integrado por:

- I. Un Licenciado en Derecho, quien será el Presidente del Consejo;
- II. Un psicólogo o profesor quien fungirá como Secretario del Consejo;
- III. Un médico general"

De dichos artículos se colige que ambas legislaciones contemplan la participación de profesionistas, que están en aptitud de brindarle elementos convincentes al juez de lo Familiar para la emisión de sus decisiones.

De lo anterior se desprende, que el Consejo de Familia es de suma importancia, ya que sirve para orientar e instruir, imparcial y fehacientemente, el criterio del juzgador, quien debe confiar en las opiniones de aquél, para emitir sus resoluciones, toda vez que se fundará en los conocimientos que los miembros de dicho Consejo tengan al respecto.

Código Familiar del Estado de Zacatecas

"Artículo 720. Se decreta el establecimiento de Consejos de Familia, cuya competencia es sólo familiar. Actuarán como auxiliares de la administración de la justicia, en la medida técnica que a cada miembro corresponda sólo en las cuestiones de índole familiar".

Código Familiar del Estado de Hidalgo

"Artículo 331. El juez familiar escuchará la opinión del consejo de familia, cuando esto sea procedente".

En lo referente a las obligaciones que tiene el Consejo, en la legislación familiar del Estado de Zacatecas, son las siguientes:

"Artículo 722. Los Consejos de Familia, están obligados a entregar al juez de lo Familiar, un reporte de cada juicio ventilado en su Juzgado, el cual contendrá:

I. Descripción detallada del medio ambiente de las partes en conflicto;

II. Una relación del nivel educativo de la familia;

III. Estudio sobre las posibles causas del problema familiar;

IV. De ser posible pruebas psicológicas y psiquiátricas de las partes contendientes;

V. Una vez entregado el reporte, el Juez Familiar, citará a las partes a una plática con el Consejo de Familia, a fin de que expongan su problema y considerarlo desde el punto de vista social y humano;

VI. Lo anterior tendrá por objeto, evitar una posible ruptura en las relaciones familiares, procurando la avenencia de las partes".

Las actividades técnicas de los miembros del Consejo de Familia contempladas en las multicitadas legislaciones, son las siguientes:

Código Familiar del Estado de Hidalgo

"Artículo 334. Los Consejos de Familia tendrán las siguientes funciones:

I. Proponer al Juez Familiar, los nombres de tres parientes o conocidos del incapacitado, dispuestos a desempeñar la tutela, en la forma más conveniente para el pupilo.

II. Velar que los tutores cumplan con sus deberes, especialmente en la educación de los menores, dando aviso al Juez Familiar de sus fallas.

III. Avisar al Juez Familiar, si los bienes del incapacitado están en peligro de ser mal administrados.

IV. Investigar y poner en conocimiento del Juez Familiar cuando los incapacitados carezcan de tutores para hacer los respectivos nombramientos.

V. Dar cuenta al Juez Familiar cuando los titulares de la patria potestad no cumplan con sus obligaciones.

VI. Dentro de sus posibilidades organizar conferencias de orientación en materia familiar.

VII. Todas las demás funciones señaladas en este Código cuando se refiera a los Consejos de Familia, así como las mencionadas en cualquier otra ley".

Código Familiar del Estado de Zacatecas

"Artículo 725. Los Consejos de Familia adscritos a los Juzgados

Familiares tendrán las siguientes funciones:

I. Proponer al Juez Familiar los nombres de dos parientes o conocidos del incapacitado dispuesto a desempeñar la tutela en la forma más conveniente para el pupilo.

II. Vigilar que los tutores cumplan con sus deberes especialmente en la educación de los menores, dando aviso al Juez en los casos de incumplimiento.

III. Avisar al Juez Familiar, si los bienes del incapacitado están en peligro de ser mal administrados;

IV. Investigar y poner en conocimiento del Juez Familiar, cuando los incapacitados carezcan de tutores, para que se hagan los respectivos nombramientos.

V. Ejercitar las acciones de responsabilidad del tutor por el mal manejo de los bienes del pupilo;

VI. Intervenir cuando los titulares de la patria potestad, no cumplan con la obligación de cuidar a los hijos;

VII. Organizar conferencias de orientación a todos los miembros de las familias de la comunidad, en cuanto a sus funciones, derechos y obligaciones:

IX. Vigilar a los incapaces que realicen conductas antisociales, para tratar de readaptarlos a la sociedad;

X. Recoger a los niños expósitos, abandonados o huérfanos, para internarlos en las instituciones públicas, en los términos de esta Ley;

XI. Las que establecen los artículos 36, 43 y 731, fracción II, así como todas las demás señaladas expresamente en este Código".

De lo anterior se colige que la participación del Consejo de Familia es dinámica en cuanto a la problemática familiar; asimismo, con su actividad

protege a los sujetos más indefensos del seno familiar, que en el caso concreto resultan ser los menores de edad e incapaces, los cuales son los más afectados en las desavenencias familiares.

Asimismo, la intervención del Consejo de Familia como instancia conciliatoria se constriñe a lo siguiente:

a) El Consejo debe entregar al Juez Familiar un reporte de cada juicio ventilado en su juzgado.

b) Dicho reporte deberá contener los siguientes requisitos:

I. Descripción minuciosa del ámbito en el que se desenvuelven las partes en conflicto.

II. Una lista sobre el grado académico de la familia que tiene el conflicto.

III. Un estudio detallado sobre las causas del problema familiar.

IV. Las probanzas psicológicas de las partes beligerantes.

V. Posterior a la entrega del reporte del Consejo de Familia, el Juez citará a las partes a una plática con él, con el propósito de que expongan su problema, para poder así analizarlo y evaluarlo desde una perspectiva socio-humanista. Es en esta parte, en donde el órgano en comento, tendrá la función de conciliar a las partes en conflicto.

Los integrantes que participan en la audiencia son los profesionistas, que como ya se mencionó, son los idóneos para conformar el Consejo de Familia, entre los que destacan: un abogado, un psicólogo, una trabajadora social, un médico general y un pedagogo.

Estos profesionistas participan emitiendo una docta opinión que orienta e instruye al juzgador, en la emisión de su resolución.

Cabe destacar que dicha participación profesional tiende a evitar las rupturas de las relaciones familiares, al procurar la avenencia de las partes.

De lo anterior se puede afirmar que la creación de estos Consejos se realizó para ayudar imparcial y de una manera completa al juez en sus determinaciones, las cuales se verán enriquecidas y complementadas con los informes que cada profesionalista le entregue.

4.4. Interés superior del menor

Un concepto que sobresaie tanto en las legislaciones antes comentadas, así como en los diversos criterios de jurisprudencia que han emitido nuestros tribunales federales, es el de interés superior del menor.

Como tal concepto es la fuente inspiradora de este trabajo, es necesario definir los alcances que supone el interés superior del menor, en relación con el interés de la sociedad.

La sociedad ha encontrado dentro del proceso jurisdiccional la forma de solucionar sus conflictos; para ello, se han establecido las reglas a seguir para que exista dentro del proceso una igualdad entre las partes.

Sin embargo, no se debe delimitar el interés superior del menor a los procesos jurisdiccionales, sino elevarlo como la razón fundamental de todos aquellos procesos en los que intervengan los menores, muy en particular en los que deba resolverse sobre la patria potestad.

La primera vez que se utilizó el concepto de interés superior del menor, fue en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo 3, en su parte conducente, 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. ...".

El artículo transcrito faculta a toda autoridad a exigir que sean respetados los derechos reconocidos a los niños, de lo que se desprende que la comunidad reconoce en las autoridades la facultad para hacer que se respeten las garantías reconocidas a los menores.

En virtud de lo anterior, todas las autoridades, instituciones, sean públicas o privadas, así como los adultos que interfieran en la vida de un niño, deben anteponer el bienestar del menor en cualquier decisión que pueda afectar su estado físico o emocional, su situación jurídica, su libertad y, en general, cualquier trasgresión a sus derechos.

Sin embargo, este precepto no ha sido observado plenamente por los legisladores ni por los órganos encargados de la administración de justicia, principalmente por los tribunales del fuero común, ya que resolver las contiendas judiciales que se presentan por violaciones a los derechos de los menores, significa una pronta aplicación del derecho, lo cual no ha sucedido hasta el momento, siendo que los jueces cuentan con las facultades que la ley les confiere para actuar de oficio durante el procedimiento, con la finalidad de velar primordialmente por el interés superior del menor.

5. La patria potestad ante la falta de padres, la problemática para otorgarla en el Código Civil para el Distrito Federal.

5.1. Análisis del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal

La patria potestad es una institución jurídica, cuya importancia y trascendencia radica en el cúmulo de derechos y obligaciones que ésta impone a los padres respecto de sus hijos menores, tanto en lo jurídico, como en lo moral y social. Los deberes consisten en el cuidado, protección, educación y representación que en todo momento los padres deben proporcionar a sus hijos menores de edad.

Por lo anterior, la institución de la patria potestad fue, dada su trascendencia, elevada a rango constitucional, como se desprende del texto del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al precisar que:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”.

Asimismo, ello ha sido abordado por los órganos de control constitucional en el criterio que a continuación se cita:

"PATRIA POTESTAD, SUS EFECTOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Toda vez que el artículo 4º de la Carta Magna, eleva a rango constitucional la institución de la patria potestad, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1980, al precisar el derecho y deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. ...

Así, la patria potestad se encuentra consagrada en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, como un conjunto de derechos y deberes que se conceden al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores. Es decir, la patria potestad es un derecho, cuya naturaleza jurídica tiene su fundamento en las relaciones naturales paterno filiales.

De esa manera, los padres cumplen con el deber de cuidar, educar, proteger y representar a sus menores hijos, en todo momento.

Asimismo, el artículo 414 en análisis, contempla la posibilidad de que cuando los menores carezcan de ambos padres ejercerán la patria potestad sobre ellos, los ascendientes en segundo grado, esto es, los abuelos en ambas líneas, sin distinción, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso y atendiendo siempre al interés superior de los menores, el cual constituye piedra angular para determinar en qué lugar y bajo qué circunstancias se considera que estarán en una mejor condición, para ello el juez debe también motivar y fundar su determinación, lo que impone un análisis exhaustivo del asunto a la luz de los medios de convicción que se alleguen al procedimiento.

Dicho artículo contempla esa posibilidad, en virtud de que existen casos sumamente especiales y difíciles, como por ejemplo, cuando fallecen ambos padres de un menor y, en ese momento, los abuelos, en ambas líneas, quieren ejercer sobre él la patria potestad.

Ante tal situación, los abuelos, ya sea paternos o maternos, deben promover un juicio en la vía de las Controversias del Orden Familiar, exponiendo en su demanda, las razones por las cuales consideran ser las personas idóneas para cuidar del menor. Dicho juicio deberá culminar con la difícil decisión que tendrá que tomar el juez de lo Familiar, al momento de determinar sobre el ejercicio de la patria potestad, puesto que deberá tener en cuenta, primordialmente, los intereses de los menores, analizando la situación personal de éstos y la conveniencia para ellos, por su edad y sexo, así como el mayor o menor interés demostrado por los abuelos para su seguridad, subsistencia y educación, que le aseguren un mejor ambiente material y espiritual que les permita un equilibrado desarrollo físico y emocional.

En efecto, ha de tenerse presente que la patria potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre y la madre, tiene la característica de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan la sociedad está especialmente interesada.

Entonces, si la patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia, atento a que de su formación dependerá el sano y correcto desarrollo del menor y sus consecuencias a futuro, tal protección ha de extenderse o procurarse con mayor razón cuando los padres, quienes están

llamados a cumplir con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, tanto en el seno del hogar como fuera de él, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, se mueren, de tal modo que en auxilio de los menores ha de intervenir la sociedad y el Estado, esto último se hará en el ámbito jurisdiccional a través de la determinación que tome al efecto el juzgador ordinario al momento de dictar la sentencia, no como pena impuesta a los ascendientes en segundo grado, sino como una declaración judicial necesaria, tendente a salvaguardar la situación del menor, que es el bien jurídico tutelado y protegido, que ninguna responsabilidad tuvo, en el caso a estudio, en la muerte de sus padres, y que ante la falta del ambiente familiar idóneo para su cuidado, manutención y educación, debe tener garantizado que en alguien recaiga la patria potestad a fin de que sufra la menor afectación por la pérdida de sus progenitores, lo cual redundará a futuro en una situación de estabilidad en el menor.

En virtud de lo anterior, es claro que a falta de ambos padres, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado, esto es, los abuelos, en ambas líneas, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso y atendiendo siempre al interés superior de los menores.

Precisamente, este interés superior del menor es el que debe prevalecer en este tipo de controversias, por lo cual, el juez de lo Familiar, juega el papel más importante y difícil, ya que finalmente el otorgar la custodia de un menor a cualquier familiar, impone un cambio trascendente en la vida del infante, pero el referido cambio siempre es con la intención, se insiste, de que esté mejor y se desarrolle en armonía y con salud, lo cual impone al juzgador el

fin básico de la norma, tanto constitucional como el de la legislación civil, al tener que plasmar en su sentencia los motivos que lo lleven a decidir con qué pareja de abuelos el menor se desarrollará favorablemente en todos los aspectos.

La primera vez que se utilizó el concepto de interés superior del menor, fue abordado en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por México el 26 de enero de 1990, la cual en su artículo 3, en su parte conducente, establece lo siguiente:

"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. ...".

El artículo transcrito faculta a toda autoridad a exigir que sean respetados los derechos reconocidos a los niños, de lo que se desprende que la comunidad reconoce en las autoridades la facultad para hacer que se respeten las garantías reconocidas a los menores.

En virtud de lo anterior, todas las autoridades, instituciones, sean públicas o privadas, así como los adultos que interfieran en la vida de un niño, deben anteponer el bienestar del menor en cualquier decisión que pueda afectar su estado físico o emocional, su situación jurídica, su libertad y, en general, cualquier trasgresión a sus derechos, e incluso en su situación moral y social.

De lo anterior se colige que los principios de protección a los derechos de los niños se encuentran plasmados por la Ley Fundamental y por

las disposiciones internacionales y nacionales, por lo que debe buscarse siempre la protección de los menores, en todos los ámbitos de su vida.

Por lo tanto, el juez de lo Familiar, al resolver sobre el ejercicio de la patria potestad, ante la falta de padres, debe tomar en cuenta el interés superior del menor, pudiendo decretarlo en favor de la persona que estime más conveniente para este, acorde a las circunstancias del caso. Así pues, es oable jurídicamente establecer que los ascendientes en segundo grado del menor carecen de intereses opuestos en tratándose del ejercicio de la patria potestad, sino que, por el contrario, existe entre dichos parientes el deber correlativo de velar por la seguridad e integridad corporal del citado menor, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el de contribuir a la formación de su carácter; de ahí que la decisión que se tome respecto a la asignación de la patria potestad, responde a un interés superior del menor sobre el individual e inclusive sobre la voluntad de las partes, lo que conlleva a establecer que el juzgador debe velar por el bienestar de los menores, para lo cual debe allegarse de los elementos necesarios para resolver sobre el particular, con el objeto de decidir lo más favorable al superior interés del pluricitado menor.

Asimismo, el objeto del presente análisis también puede estimarse como referir al juzgador no como una tercera persona sino a la vez considerar que uno en lo particular es ese juzgador a quien se le pone en sus manos el destino del menor y de la familia y su entorno, con todas sus consecuencias jurídicas, sociales y morales.

No obstante lo anterior, aunque en nuestro país se han observado algunos cambios en la legislación de menores, debido a la preocupación y

búsqueda por lograr que tengan un óptimo desarrollo físico y mental, el cual se logra únicamente si se respetan sus derechos, tal como lo establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, empero, este precepto no ha sido observado plenamente por los legisladores ni por los órganos encargados de la impartición de justicia, ya que resolver las contiendas judiciales en las que se encuentran inmersos los derechos de los menores, significa una pronta aplicación del derecho, lo cual no sucede hasta el momento, no obstante que los jueces cuentan con las facultades que la ley les confiere para actuar de oficio durante el procedimiento de patria potestad, con la finalidad de velar primordialmente por el interés superior del menor, de acuerdo con lo previsto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, relativo a las Controversias del Orden Familiar, el cual autoriza al juez de lo Familiar a intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, ya que las partes siempre alegarán que esa actuación oficiosa los deja en estado de indefensión; siempre pondrán como pretexto garantía de audiencia, lo que evidentemente pondría en actividad al órgano de control constitucional, lo que lleva a la necesidad de tener mecanismos que, basados en la interpretación armónica de la ley, impidan el retraso de la decisión judicial.

Aunado a lo antes mencionado, el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer que ante la falta de ambos padres, se debe otorgar el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo Familiar, no aporta los elementos necesarios que le sirvan al juzgador para tomar la decisión más conveniente, con la finalidad de que los menores que carecen de padres se encuentren bajo la patria potestad de las personas que puedan cumplir cabalmente con tan importante cargo.

En tal virtud, considero que este artículo debe ser claro, esto es, dar mayores elementos al juzgador y las partes involucradas, para que la resolución sea totalmente encaminada al interés superior del menor, que por cualquier circunstancia ha tenido la desgracia de quedarse sin ambos padres, la cual debe evidentemente cubrir todas aquellas circunstancias que en lo particular rodean al caso concreto que se someta a la potestad del juzgador.

Es evidente que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, carece de elementos necesarios que sirvan al juzgador a tomar la decisión más correcta en beneficio de los menores, como se observará a continuación.

5.2. Análisis del caso práctico consistente en el Amparo Directo D.C.3690/99, resuelto por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Este caso surgió el siete de junio de mil novecientos noventa y cuatro, cuando el menor José Hilton Fernández Silva, de un año de nacido, se quedó sin ambos padres.

Los lamentables acontecimientos se suscitaron cuando su padre José Fernández Bravo, mató de un balazo a su esposa Claudia Silva Nunes, para después suicidarse. Lo anterior ocasionó que el menor José Hilton Fernández Silva, quedara totalmente desprotegido.

Sin embargo, antes de morir, el padre del menor llamó a su hermano Miguel Ángel Fernández Bravo, y le pidió que fuera por el menor, a

quien se lo encomendó.

Ante tal situación, el hermano, acompañado de sus padres, es decir, de los abuelos paternos del menor, Adelino Fernández Hidalgo, y Adriana Bravo Suárez ahora viuda de Fernández, se presentaron en el domicilio que era el hogar del menor José Hilton Fernández Silva, y se lo llevaron a vivir con ellos.

Posteriormente, mediante escrito presentado el veintinueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, en la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, del cual conoció inicialmente el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, Adelino Fernández Hidalgo, y Adriana Bravo Suárez de Fernández, demandaron de Sergio Silva Hilton, y Tereza Nunes Pinto de Silva, abuelos maternos del menor, de nacionalidad brasileña, lo siguiente:

a) Que se decretara en sentencia ejecutoriada la declaración y reconocimiento, que ellos como abuelos paternos, eran los únicos titulares, con exclusión de cualesquier otro, del ejercicio de la patria potestad de su nieto de nombre José Hilton Fernández Silva.

b) Que se declarara y reconociera, como consecuencia de lo anterior, todos los derechos inherentes a la patria potestad serían ejercitados única y exclusivamente por ellos como abuelos paternos sobre la persona del menor y de sus bienes.

c) Que se decretara igualmente en sentencia definitiva que como consecuencia del otorgamiento de la patria potestad a su favor sobre el menor, se les otorgara la guarda y custodia definitiva del mismo.

Admitida la demanda, el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, decretó en forma provisional la guarda y custodia del menor

José Hilton Fernández Silva, en favor de los coactores y ordenó emplazar a Sergio Silva Hilton, y Tereza Nunes Pinto de Silva, abuelos maternos del menor, quienes al dar contestación reconvinieron lo siguiente:

a) La declaración, preservación y constitución del derecho al ejercicio de la patria potestad sobre su nieto José Hilton Fernández Silva.

b) La guarda y custodia provisional y definitiva sobre su nieto.

c) Como consecuencia de la declaración de la patria potestad a su favor, la exclusión de la misma por parte de los abuelos paternos, por tener ellos como abuelos maternos, mejor derecho.

Mediante escrito de demanda presentado el ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, del cual conoció el Juzgado Vigésimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, Sergio Silva Hilton, y Tereza Nunes Pinto de Silva, demandaron de Adelino Fernández Hidalgo, y de Adriana Bravo Suárez, lo siguiente:

a) La declaración, preservación y constitución del derecho al ejercicio de la patria potestad sobre su nieto José Hilton Fernández Silva.

b) La guarda y custodia provisional y definitiva sobre su nieto.

c) Como consecuencia de la declaración de la patria potestad a su favor, la exclusión de la misma por parte de los abuelos paternos por tener ellos como abuelos maternos mejor derecho.

Admitida la demanda, el Juez Vigésimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, ordenó se emplazara a Adelino Fernández Hidalgo, y a Adriana Bravo Suárez, y los previno para que permitieran a los coactores Sergio Silva Hilton, y Tereza Nunes Pinto de Silva, como abuelos maternos del menor, visitarlo y convivir con él, en el domicilio en que éste se encontrara viviendo.

Por auto de nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, el Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, se excusó para seguir conociendo del asunto y ordenó remitir los autos al Juez Trigésimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, lo que evidentemente comenzó a retrasar la decisión judicial, y que en ocasiones es su único fin.

En proveído de veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, el Juez Trigésimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, procedió a realizar la acumulación de los juicios a que se ha hecho mérito; sin embargo, se excusó para seguir conociendo del asunto, lo que puede percibirse en base al análisis, como una situación grave y que refleja las deficiencias en la legislación respecto a esta materia, la cual parece no interesar al legislador.

Finalmente, se remitieron los autos al Juez Trigésimo Octavo de lo Familiar del Distrito Federal, quien el siete de octubre de mil novecientos noventa y siete, dictó sentencia, cuyos puntos resolutivos fueron del tenor siguiente:

"PRIMERO. Fue procedente la vía ordinaria civil para la substanciación de este juicio, en donde ambas partes acreditaron parcialmente sus acciones tanto principales como reconventionales en los diversos juicios conexos.

SEGUNDO. Se declara que el ejercicio de la patria potestad respecto del menor José Hilton Fernández Silva, quedará a cargo de los señores Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, Tereza Nunes Pinto de Silva, y Sergio Silva Hilton.

TERCERO. Se decreta la guarda y custodia definitiva del menor José Hilton Fernández Silva, en favor de la abuela paterna Adriana

Bravo Suárez viuda de Fernández. en el domicilio en que esta última reside.

CUARTO. Se determina un régimen de visitas y convivencias en forma definitiva del menor José Hilton Fernández Silva, en favor de los abuelos maternos Tereza Nunes Pinto, y Sergio Silva Hilton.

QUINTO. Una vez que quede firme la presente resolución gírese atento oficio al representante legal del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF)....".

Inconformes con la anterior resolución, las partes interpusieron sendos recursos de apelación que correspondió conocer a la Décima Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, pronunció sentencia definitiva, cuyos puntos resolutivos fueron los siguientes:

"PRIMERO. Es infundado el recurso de apelación interpuesto por la señora Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández.

SEGUNDO. Es parcialmente fundado el recurso de apelación interpuesto por los señores Hilton Sergio Silva, y Tereza Nunez (sic) Pinto de Silva.

TERCERO. Se revoca la sentencia impugnada para regir en los términos a que se refiere la parte final del considerando IV de este fallo.".

La Sala apoyó dicha sentencia en las consideraciones siguientes:

"1. Antes de entrar al estudio y análisis de los agravios propuestos por ambas partes ante esta alzada, se estima necesario para una

mayor comprensión de este fallo, precisar el alcance de este cúmulo de facultades y derechos que sobre el menor tienen sus ascendientes y que la ley denomina bajo el título genérico de 'patria potestad' ...Nuestra legislación sustantiva en materia civil se abstiene de definir el concepto que venimos tratando y simplemente establece que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla (artículo 412) y que ese ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos (artículo 413).

...la patria potestad debe ser contemplada como una 'función' para los llamados a ejercerla, no sólo por los derechos que implica, sino principalmente por los deberes que conlleva, resaltando entre ellos, el interés y protección del menor.

En el presente juicio y su acumulado, los ascendientes del menor en segundo grado en ambas líneas, paterna y materna, alegan tener derechos de preferencia para ejercer la patria potestad, pretendiendo excluirse mutuamente. Este tribunal ha venido sosteniendo en los diversos fallos sobre esta materia, que el menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendiéndolo por preferencia la circunstancia en la que se exalta el interés del menor sobre cualquier otro, incluyendo el de los ascendientes. Este criterio, se encuentra avalado en la siguiente tesis de jurisprudencia:

'PATRIA POTESTAD. *La patria potestad es un derecho relativo concebido y dispuesto en interés del hijo, no del padre. La autoridad judicial deberá intervenir, en su caso, como órgano de control de ese derecho para enderezar la dirección impresa al mismo, aunque no se ponga en duda su mantenimiento,*

conservando sus prerrogativas e impedir el mal uso de ellas, reprimiéndolas y si es posible, previniendo los abusos; 'se velará para que la patria potestad no se aparte de su destino que es el de servir a los intereses del hijo y, por ejemplo, los tribunales no admitirán que el padre corte toda relación entre sus hijos con sus abuelos, sin justo motivo, por espíritu de rencor, de malevolencia o de celos. desde este punto de vista y en esta medida, la autoridad judicial conserva su derecho secular de control que le ha permitido poner fin a los abusos y mantener la patria potestad en su papel y en su espíritu'.

...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 a 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.

...II. Los agravios expresados por los señores Hilton Sergio Silva, y Teresa Nunes Pinto de Silva, son parcialmente fundados conforme a los siguientes razonamientos.

El primero de ellos es infundado y en él alegan los recurrentes que la sentencia impugnada les agravia en su esfera jurídica al no tomar en cuenta la potestad natural, al decretar el ejercicio compartido de la patria potestad sobre el menor José Hilton Fernández Silva, a favor de la abuela paterna y los abuelos por línea materna, que dicha decisión afectaría 'a las obligaciones de

educación, formación, control de derechos patrimoniales. administración de los mismos, seguimiento de la formación del menor tanto en su aspecto educacional. ...así como la orientación y educación en un ámbito netamente familiar en el cual la figura del padre siempre ha sido determinante para que exista el concepto de familia. es decir. no puede darse la reunión de una familia sin que se dé la existencia del eje que mueve a la misma. en el caso el padre y la madre, sin embargo. la resolución dictada por el juzgador se convierte en agravante, ya que una familia integrada por el padre y la madre, como lo son mis representados. y una familia dividida como lo es la de la señora Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández con motivo del fallecimiento del señor Adelino Fernández Hidalgo, no puede ejercer conjuntamente la patria potestad, la familia de mis mandantes, así como la de la señora Bravo Suárez viuda de Fernández, cada una tiene su forma personal de educar...'

'...en el caso, la señora Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, es una persona mayor. ya que tiene a la fecha 67 años de edad. además con motivo del fallecimiento del señor Adelino Fernández Hidalgo, se encarga de administrar la empresa que éste dirigía, de lo que resulta que al atender estas cuestiones y la clínica de tratamientos faciales que tiene en su casa, impiden que realice el cumplimiento de las funciones que de la patria potestad le pudieren corresponder, independientemente de que un menor necesita. ...el que se le oriente, eduque, se platique con él, se le lleve a realizar actividades de juegos propios de su edad. lo que evidentemente por la edad de la señora Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, no es posible que se le otorgue el menor, de lo que

resulta agravante la resolución dictada en estas condiciones...'. Se duele, además, 'de que el juzgador dejó de valorar, en primer término, las pruebas aportadas durante el procedimiento, documentales como lo son. ...las fotografías exhibidas de las que se desprende la forma en que tratan mis mandantes al menor durante las convivencias, así como la prueba de video de la que se observó que los abuelos maternos se preocupan por proporcionarle los mejores medios al menor para su normal educación y desarrollo, además del estudio socioeconómico se desprende que mis representados cuentan con los medios económicos suficientes para poder proporcionar una adecuada educación y brindar cuidados físicos y morales a su menor nieto...'

Motivo especial de queja lo constituye la violación, a juicio del apelante, del artículo 414 del Código Civil, porque el juzgador natural debió 'determinar cuál de los abuelos debe de ejercer la patria potestad; sin embargo, el juzgador ...decide compartir la patria potestad dividiendo el ejercicio de la misma para la abuela paterna y los abuelos maternos, dejando de analizar las pruebas aportadas ...tomando en consideración que la patria potestad por todo lo que la misma lleva envuelta ...es imposible que se ejerza en forma dividida ya que los abuelos maternos pueden considerar un procedimiento y forma de educación para el menor y la abuela paterna puede considerar una distinta forma de educación', así como el conflicto que pudiera derivarse sobre la administración de los bienes del menor, por lo que estiman indebido e ilegal el ejercicio compartido de la patria potestad.

...Se ha venido sosteniendo en este fallo que la naturaleza jurídica de la patria potestad es la de desarrollar una 'función' de quien la

ejerce; y los pretendidos derechos de preferencia no le corresponden a un ascendiente en particular, sino al menor, en quien el juzgador familiar debe centrar la protección legal en lo posible, a fin de atenuar las consecuencias de una situación de la que siendo ajeno, es la víctima principal. "En la especie, se trata de un menor que en la actualidad cuenta con cinco años ocho meses de edad, cuyo padre privó de la vida a su madre para después suicidarse, quedando en un estado de orfandad de ambos progenitores. No hay duda que tales eventos dejarán una huella indeleble en el menor y requerirá de terapias profesionales, pero sobre todo, de un ambiente propicio para el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del menor hasta el máximo de sus posibilidades". Por ello, la resolución que se combate en el presente recurso, es legal en cuanto que consolida la función de la patria potestad en los abuelos de ambas líneas, pues el menor necesita le sea reforzado el concepto de su propia identidad cultural en el amor a la familia y sus relaciones con ella, de los valores nacionales de los países donde son originarios sus padres y abuelos y prepararlo a asumir una vida responsable, en el futuro, en la sociedad. Que a la abuela paterna le sea desconocida una 'función' que la propia ley asigna a los ascendientes, alegando razones de edad, de sexo, de estado civil, económicas, etc., sería altamente discriminatorio y atentaría al principio de igualdad proclamado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no obstante, dichos razonamientos sí deberán ser tomados en cuenta para decretar la guarda y custodia del menor, que es un desmembramiento de la patria potestad y serán motivo de estudio más adelante, porque de ellos

se deriva el derecho preferente del menor de ser protegido en su desarrollo infantil y vida futuros.

...El artículo 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, ...ya prevé que: 'Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas', propósito que no se lograría excluyendo a la abuela paterna del ejercicio de la función de patria potestad. Tampoco deberá ser motivo de queja el hecho de que con el ejercicio de la patria potestad compartida pudiera derivarse un conflicto en la administración de bienes del menor, pues el artículo 426 del Código Civil, es claro al ordenar que, en estos casos, el administrador debe ser nombrado por mutuo acuerdo y en los casos más importantes de la administración, requerirá del consentimiento expreso de quienes ejerzan la función.

El segundo de los agravios es esencialmente fundado; los recurrentes, por conducto de su representación legal, alegan que al decretar la guarda y custodia definitiva del menor José Hilton Fernández Silva, a favor de la abuela paterna Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, les causa un agravio al dejar de valorar el inferior pruebas aportadas en el juicio de las que se desprende que la familia que tiene las características a que alude en la sentencia, es precisamente la de sus mandantes 'ya que en primer término si el juzgador sostiene que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, la misma debe estar integrada por el padre, la madre y los hijos, sin embargo a pesar de que se aportó como prueba el certificado de defunción del señor Adelino Fernández Hidalgo, del mismo se desprende que la señora Adriana

Bravo Suárez viuda de Fernández, no tiene una familia formada; la tuvo, lo que significa que la misma al carecer de la integración familiar por falta de la figura paterna ésta no puede cumplir con lo que el propio juzgador menciona en su resolución de que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros y en particular de los niños de lo que resulta agravante el concederle a la señora Bravo Suárez, la guarda y custodia del menor, sin que cuente con los elementos para proteger, asistir, sumir en forma plena su responsabilidad para con el niño para su pleno desarrollo armonioso de su personalidad y éste pueda crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión .:

Las impugnaciones en cuanto a la concesión de la guarda y custodia del menor a favor de la abuela paterna se resumen en relación a la edad (67 años), de sus ocupaciones laborales (clínica de belleza y laboratorio); de la calidad en el cuidado del menor (a través del servicio doméstico), de su estado civil (viudez) y otras, son ponderadas en el presente fallo en la siguiente manera:

La Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el treinta y uno de julio del propio año, de aplicación obligatoria para este Tribunal Superior de Justicia, dado su rango constitucional, en el preámbulo de ella reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; para ello, la familia, como grupo fundamental en la sociedad y medio natural para el crecimiento y el

bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. La citada convención, en el artículo 3o., dispone: '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 parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas'.

Este tribunal pondera el alegato de los recurrentes en cuanto al concepto de familia, y lo estima fundado, porque en la problemática emocional del menor, huérfano de ambos padres, las figuras materna y paterna adquieren un primordial significado. Es cierto que las expectativas del menor, cuyo interés superior debe ser resaltado, se verán colmadas si la guarda y custodia de él se desarrolla en el seno de la familia ampliada por línea materna, integrada por el padre, la madre e hija, mientras que la familia por línea paterna, hay la ausencia del abuelo paterno. La figura del varón, como padre, afirman los estudiosos de la materia, reafirmará la identidad del niño y de su rol en la familia y sociedad. ...en el caso, es evidente que los abuelos por línea materna, al tener menor edad que la abuela paterna, tienen, en principio, mayores expectativas de vida y, por ende, la guarda y custodia la

podrían desempeñar en un lapso más prolongado que la segunda nombrada. Esto lleva de la mano a la consideración de que estando el menor sujeto a custodia en una edad en que los juegos y diversiones son un elemento necesario dentro de su desarrollo integral, la edad de los ascendientes a quien se les asigne la función que estamos tratando debió ser un dato de análisis y estudio, pues no debe perderse de vista que es el interés supremo del niño, no de los abuelos, el que ha de protegerse y preservarse, circunstancia ésta que determina la preferencia del menor, sobre los intereses particulares de los ascendientes.

...los ascendientes que ofrecen mayores expectativas de bienestar para el cabal desarrollo del incapaz, en todas sus áreas, lo son los abuelos por línea materna,... No es óbice el hecho de que el menor a partir del deceso de sus padres se hubiere 'desarrollado en el seno de la familia paterna',...

...III. Son infundados los motivos de queja propuestos por la recurrente Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, ...conforme a los siguientes razonamientos:

...aduce la recurrente que el inferior no tomó en consideración 'que las partes se encuentran polarizadas no únicamente en cuanto a sus pretensiones, sino en cuanto a la forma de concebir y conducirse en la vida, debido básicamente a la notoria diferencia de formación, nacionalidad, idiosincrasia, costumbres y cultura', de donde derivan futuros conflictos para el menor dadas esas diferencias, por lo que cuestiona que la resolución se hubiere dictado en aras del interés superior del niño.

El agravio así expresado resulta carente de fundamentación; ...Al estudiar los agravios de los ascendientes por línea materna, se

analizó la conveniencia para el menor. sobre todo el fomentar la comprensión y las buenas relaciones entre las familias que se encuentran involucradas en tan lamentables acontecimientos, de consolidar la función de la patria potestad en los abuelos de ambas líneas. a fin de proteger a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus integrantes

...Por lo que atañe a la 'polarización de intereses entre las partes', la queja sobre ese tenor debe quedar sometida a un interés superior. esto es. el propio menor. quien debutó su participación en la vida con una desventaja frente a los demás al ser la víctima de acontecimientos que dejarán huella en su ser emocional. Es deber moral de las familias involucradas. . el evitar mayores e inútiles fricciones entre ellas. que no conducen más que a la ruina del grupo familiar. Es tiempo que proyecten ambas un futuro promisorio para un vástago en común, su nieto, y en el desempeño de una participación decidida, responsable y madura de la patria potestad. puedan disfrutar con sumo agrado, en un tiempo no muy lejano, el fruto de haber sacado adelante, para orgullo de las familias Fernández y Silva. al hijo de sus hijos, cumpliendo no solamente con los imperativos de su conciencia sino a los requerimientos de una sociedad que reclama familias integradas y avenidas.

Por otra parte, las diferencias en las familias no son elemento concluyente para apoyar la exclusión de una de ellas en la vida y desarrollo del menor; ...En el caso, se espera que los abuelos llamados a ejercer la patria potestad sobre su menor nieto lleguen a los consensos necesarios en los aspectos esenciales de

formación del menor,...

...La identidad del menor se constituye, entre otros elementos, por su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares: por lo tanto, la exclusión que propone la recurrente en razón de nacionalidad e idiosincrasia de los abuelos por línea materna es desafortunada, impropia e infundada y no da motivo para que la queja prospere. En el tercer agravio la apelante acusa al inferior de transgresión de las reglas de la lógica y de la experiencia cuyo cumplimiento le impone el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles en vigor porque, a su juicio, los abuelos por línea materna están descalificados para ser llamados a ejercer la patria potestad sobre el común nieto. conforme al resultado de los estudios psicológicos realizados a dichas personas, contenidos en el informe y anexos de fecha dieciocho de agosto del año en curso, dirigido a la potestad natural por la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar, ...por último, en palabras de la apelante, la falta de valoración de 'las pruebas aportadas en ambos procesos ...la diversa consistente en el recorte de periódico donde se nos informa que una persona que practica la misma religión, secta o culto que la señora Tereza Nunes Pinto de Silva, se inmoló por fanatismo en Brasil; se acredita fehacientemente que los señores Silva, no ofrecen de ninguna forma condiciones de aptitud para el ejercicio de la patria potestad respecto al menor en debate, ...tenemos que en virtud de la educación recibida y otorgada, su hija Claudia, madre del menor aludido, tenía costumbres sumamente liberales y reprobables e incluso tenía el hábito de delinquir, ya sea abusando de la confianza de los demás o bien, cometiendo ese crimen de lesa humanidad que es el aborto, sin

dejar de resaltar que en dicha formación que se le dio se le enseñó a descuidarse de su menor hijo, tan es así que a pesar de la tierna edad de éste, lo dejaba prácticamente en un estado de exposición para irse continuamente en viajes de placer. ...al igual que la práctica del santerismo al que fue iniciada por su madre, la señora Teresa Pinto de Silva'.

Los motivos de inconformidad no tienen ningún sustento legal: no hay razón para darle un alcance mayor a los estudios psicológicos realizados a los abuelos maternos, como pretende la apelante, esto es, descalificar a éstos como aptos para el ejercicio de la patria potestad, si de ellos se desprende que, sobre todo, la abuela materna no hubiere superado, a la fecha en que se practicaron, el dolor de la 'separación por duelo' y el resentimiento que genera el evento dramático en que sucedió el deceso de su hija; el derecho no exige conductas heroicas; sus disposiciones de carácter imperativo atribuidas, están dirigidas a personas con las sensibilidades y limitaciones del ser humano, y mientras no quede acreditada fehacientemente la ineptitud psicológica, conductual o patológica graves de los ascendientes por vía materna, a través del ejercicio de una acción destacada, el elemento de prueba al que se ha hecho mérito no debe tener el alcance que le atribuye la recurrente.

...No obstante lo anterior, la misma apelante refiere las pruebas omitidas en su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, tendente a acreditar una conducta liberal, reprochable y aun delictiva de la madre del menor, siendo atinada la consideración del inferior en que lo anterior no debe ser de influencia en el juicio ante el deceso de dicha persona y porque lo

predominante debe ser el interés del menor, quien debe ser ajeno a las culpas y errores de sus padres. Lo anterior no da bases para implicar a los abuelos maternos en dichas conductas, pues sería darle trascendencia a los hechos de los hijos sobre los progenitores cuando cada uno es responsable de sus actos

La materia de patria potestad tiene como característica esencial la de participar de un interés público, esto quiere decir que el estado y la sociedad no son ajenos a las resoluciones que en tan importante materia se pronuncien; uno y otro ente esperan, el primero, que quienes son llamados a ejercer la noble función de la patria potestad, le reintegren un ciudadano respetuoso de sus instituciones y, la segunda, un ser útil y congraciado con ella. Lo anterior nos lleva a hacer la siguiente consideración. Si el menor de edad desconoce que fue su padre quien victimó a su progenitora privándola de la vida, para después él suicidarse, no hay ningún dato en el expediente que permita prever cual sería la conducta esperada cuando, al paso de los años, sea consciente de ese evento: sin embargo, la experiencia nos permite externar la opinión, aun como mera teoría, que en esa etapa, si el menor no hubiere tenido la terapia adecuada, podría manifestar una conducta de rebeldía y de resentimiento para con la familia del agresor (la línea paterna), y si es a ésta, por conducto de la abuela paterna, a quien se le confiere la patria potestad, se estaría desprotegiendo la vida futura del menor. Es evidente que el menor tendría, en el evento que nos ocupa, en identificarse más con la familia de la víctima que con la familia del agresor.

IV. Por todo lo anterior, esta Sala ve la conveniencia para el menor de confirmar la sentencia impugnada por lo que hace a la patria

potestad consolidada en ambas líneas de los ascendientes, con la salvedad que deberán designar de común acuerdo un administrador de los bienes del menor, en la inteligencia que de no haber consenso, lo designará el juez familiar. ...y a revocarla para conceder la guarda y custodia de él a los abuelos por línea materna, señores Hilton Sergio Silva, y Tereza Nunes Pinto de Silva, en el domicilio que tienen en esta ciudad de México, Distrito Federal, necesitando autorización judicial para sacar al menor del país; por lo cual, deberá establecerse un régimen de visitas, paseos y salidas del menor con su abuela paterna, en ejecución de sentencia, en los que se cuidarán que no interfieran con sus estudios, salud y bienestar.

...La sentencia impugnada deberá regirse por los siguientes puntos resolutivos:

'PRIMERO. Fue procedente la vía ordinaria civil para la substanciación de este juicio en donde ambas partes acreditaron parcialmente sus acciones,...

SEGUNDO. Se declara que el ejercicio de la patria potestad respecto del menor José Hilton Fernández Silva, quedará a cargo de los señores Hilton Sergio Silva, Tereza Nunes Pinto de Silva, y Adriana Bravo Suárez Viuda de Fernández, en forma conjunta, debiendo nombrar de común acuerdo entre ellos un administrador de los bienes del menor sujeto a patria potestad, con las obligaciones inherentes a los de su especie.

TERCERO. Se decreta que la guarda y custodia definitiva del menor José Hilton Fernández Silva, a favor de los abuelos por línea materna, señores Hilton Sergio Silva, y Tereza Nunes Pinto de Silva, en su domicilio en la ciudad de México, Distrito Federal,

no pudiendo sacarlo del país sin autorización judicial.

CUARTO. En ejecución de sentencia deberá determinarse el régimen de visitas, paseos y salidas del menor con su abuela paterna, en el que se cuidará que no interfieran con los estudios, salud y bienestar del menor.

QUINTO. Una vez que quede firme la presente resolución, gírese oficio al representante legal del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.) para los efectos de las terapias familiares a que este fallo se refiere. ...".

Cabe reiterar, que la Sala dictó dicha sentencia el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, y que el caso en análisis comenzó en mil novecientos noventa y cuatro, lo que implicaba hasta ese momento cuatro largos años de sufrimiento para el menor, al verse inmerso en una controversia larga, desgastante y complicada.

Inconforme con esa sentencia, Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández, abuela paterna del menor, promovió juicio de amparo, el diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve, ante la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. Los conceptos de violación los hizo consistir en lo siguiente:

"Primero. ...la resolución que constituye el acto reclamado ...no es conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, ni se encuentra debidamente fundada y motivada,...

Esto es así, en virtud de que de una manera por demás ilegal y sin motivo justificado alguno, la responsable ordenadora ...revoca la determinación tomada por el juez natural ...concluyente de que la

guarda y custodia definitiva del menor José Hilton Fernández Silva, le corresponde a la hoy quejosa, para concedérselas en su lugar, a los hoy terceros perjudicados señores Silva Hilton Sergio, y Tereza Nunes Pinto de Silva.

...según palabras de la propia responsable, el desideratum del fallo, es decir, su más caro objetivo o anhelo, es resaltar el interés del menor controvertido, protegiéndolo y evitándole que sufra una lesión, no de carácter físico, sino de carácter emocional que son las que pueden dejar una huella indeleble.

Si como la misma Sala lo reconoce, ...no es conveniente a los supremos intereses del menor en cuestión desvincularlo de una relación afectiva que desde el año de edad y hasta la fecha ha mantenido dicho infante con su familia ampliada paterna al vivir en su seno; cómo es posible que al resolver el punto que nos atañe, decida dejar de lado dicha circunstancia y con su determinación, lo saque ...del medio en el que se ha venido formando su personalidad, sin que exista causa grave para ello.

...A mayor abundamiento, ...se encuentra plenamente acreditado que desde el día siete de junio de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en que se dieron los sucesos que ocasionaron el deceso de los padres del menor en controversia y hasta la actualidad, dicho menor ha vivido en el seno de la familia de su abuela paterna, en este caso la quejosa, que la figura paterna no está exenta en el seno de la familia de la hoy impetrante, dado que ve e identifica como padre a su tío Miguel Ángel Fernández Bravo, que el menor ve como su madre a la suscrita, que se encuentra a gusto viviendo en el seno de la familia de ésta y que en el mismo tiene una adecuada estimulación de sus capacidades, que no

existe diferencia significativa de edad entre los abuelos maternos y la abuela paterna. que ésta también, posee suficiente solvencia económica. que los abuelos maternos presentan problemas de carácter emocional. que el abuelo materno tiene un cargo de su responsabilidad y viaja al extranjero constantemente. lo que denota imposibilidad para asumir plenamente el rol de figura paterna de mi nieto ...

...que la hoy quejosa posee negocios y una clínica de belleza. ...denota que la suscrita tiene una posición económica desahogada. ...que desde la fecha en que se dieron los acontecimientos que privaron de sus padres a José Hilton Fernández Silva, y hasta la fecha, éste habita con la peticionaria de garantías y su familia. lo cual demuestra que el menor tiene más de cuatro años y medio viviendo ininterrumpidamente con la amparista.

...C). De los estudios psicológicos practicados a la señora Tereza Nunes Pinto de Silva (abuela materna), por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ...cuya práctica fue ordenada por el juez de la causa, se desprende que la aludida señora sólo es un poco menor que la suscrita, puesto que para dicha fecha contaba ya con casi sesenta años y, por tanto, se encuentra en la tercera edad ...que desde el fallecimiento de su hija Claudia (madre del menor en controversia) y hasta la actualidad el infante de mérito se encuentra bajo la custodia de la suscrita ...que dicha señora presenta problemas de carácter emocional, tales como baja autoestima, auto concepto y baja capacidad de percepción de la realidad de las cosas, así como que necesita recibir apoyo terapéutico...

...D) De los estudios psicológicos practicados al señor Hilton Sergio Silva (abuelo materno), por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ...cuya práctica fue ordenada por el juez de la causa, se desprende que el aludido señor sólo es un poco menor que la suscrita, puesto que para dicha fecha contaba con más de cincuenta y cinco años de edad y por tanto no se trata de un hombre joven. ...que desde el fallecimiento de su hija Claudia (madre del menor en controversia) y hasta la actualidad el infante de mérito se encuentra bajo la custodia de la suscrita ...que dicho señor presenta problemas de carácter emocional, tales como baja capacidad de percepción de la realidad de las cosas (insight), así como que necesita recibir apoyo terapéutico...

...E) De los estudios psicológicos practicados al menor José Hilton Fernández Silva, por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ...cuya práctica fue ordenada por el juez de la causa, se desprende que mi aludido nieto en la cohabitación con la suscrita posee una buena estimulación a sus capacidades intelectuales y motrices, un grado de maduración superior con relación a su edad ...que asigna el rol materno a la suscrita y el paterno a mi hijo Miguel Angel Fernández Bravo, que tiene una adecuada capacidad de socialización, que establece intercambio ideoafectivo con facilidad, que ha proyectado límites y normas sociales, que le permiten desarrollarse en el medio que lo rodea, que es capaz de expresar sus demandas de cariño y sentimientos sin problemas, siendo espontánea su forma de conducirse, que dicho menor posee un desarrollo y maduración superior al esperado, como resultado de una adecuada estimulación de su medio familiar (obviamente el de la suscrita, puesto que en él vive),

así como que no es conveniente un cambio de núcleo familiar en que se encuentra, al estar adaptado a él...

...F) De los estudios psicológicos practicados a la suscrita, por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ...cuya práctica fue ordenada por el juez de la causa, se desprende que la suscrita está perfectamente apta para el cuidado de su nieto, dado que posee una capacidad intelectual normal, presenta adecuada autoestima y autoimagen (al contrario de la abuela materna señora Tereza Nunes Pinto de Silva); establece relaciones de forma estrecha y duradera y posee una adecuada capacidad de percepción de la realidad de las cosas (al contrario de los abuelos maternos); asimismo se desprende que en el seno de la familia de la impetrante, se le brinda al menor José Hilton Fernández Silva, un ambiente estable ofreciéndole seguridad emocional y económica que le permiten tener un desarrollo psicosocial, donde se le establecen normas y límites acordes a su edad.

...G) De los estudios socioeconómicos practicados a la suscrita por órdenes del juez de la causa, de fecha tres de julio de mil novecientos noventa y ocho, se desprende que, la suscrita es quien se encarga del cuidado del menor que nos importa ...que dicho infante ve reflejada la figura paterna en mi hijo Miguel Angel Fernández Bravo, ...que mi familia es propietaria de unos laboratorios de productos para la belleza, de una escuela de natación, de una clínica, de la casa en que habitamos, que por cierto al menor le ofrece todas las comodidades, y de propiedades en Cuernavaca y Querétaro, así como que la suscrita maneja tarjeta American Express ...lo cual a todas luces denota suficiente capacidad económica. Asimismo, que el menor aludido cohabita

con la suscrita en perfectas condiciones de confort.

...H) Del acta de la comparecencia del menor que nos atañe ante el juez natural y en el juicio promovido por la familia Fernández, de fecha tres de julio de mil novecientos noventa y ocho, de la que se desprende que de una manera libre, consciente y espontánea, José Hilton Fernández Silva, ante la presencia del referido juzgador, su secretaria de acuerdos y el Agente del Ministerio Público, manifiesta que se encuentra a gusto en la casa de la suscrita, que a ésta la considera su madre, que la casa de la impetrante la considera suya; lo cual demuestra la voluntad de dicho menor en permanecer a mi lado por encontrarse a gusto; además de que de tal acta, también se desprenden las buenas condiciones en que se le mantiene.

...En este orden de ideas, es inconcuso que la Sala responsable al tomar la determinación relativa a la guarda y custodia definitiva del menor José Hilton Fernández Silva,...

...desprotege con ello los intereses supremos del menor que por disposición legal son los que debe proteger, exponiéndolo entre otros riesgos a que sufra una lesión de carácter emocional, puesto que conforme a las pruebas referidas y debidamente administradas, ...se encuentra plenamente acreditado que el menor aludido desde su más tierna edad (un año) y hasta la fecha se encuentra viviendo al lado de la suscrita, es decir, lleva ya casi cinco años ininterrumpidos viviendo en mi seno, por lo que no es jurídicamente permisible so pena de causar un daño emocional, ...que se le desprenda del hogar en que ha vivido los casi últimos cinco años y donde ha pasado su primer infancia, sobre todo que no existe ninguna causa grave para ello, ...se acredita plenamente

que el referido menor en el hogar de la suscrita, ve reflejada la figura materna en la suscrita, la paterna en mi hijo Miguel Angel Fernández Bravo. que dicho hogar lo identifica como suyo y que se encuentra a gusto ahí viviendo, así como que en el mismo se ha dado una adecuada estimulación a sus capacidades de todos tipos, lo cual ilegalmente dejó de ser considerado por el Ad quem.

...Tampoco debe dejarse de considerar en este punto, que aún en el supuesto sin conceder de que en mi núcleo familiar no se diera la figura paterna para mi menor nieto, dicha situación de ninguna manera sería causa suficiente para apartarlo de mi lado, puesto que sería perjudicial para su desarrollo emocional, dado que su primera infancia la ha pasado a mi lado y que la suscrita no ha dado causa grave para que le sea separado el menor, además de que no necesariamente tiene que existir la figura paterna en la convivencia del menor, puesto que si así conviene a sus intereses y voluntad, la misma se puede desvincular e incluso, en casos extremos confiarse a una institución oficial.

...Aquí cabe resaltar, también la incongruencia con que se conduce la responsable al emitir su fallo, puesto que si con el mismo se busca la protección de los intereses, cómo es posible que no le conceda ningún valor estimatorio a los estudios psicológicos que nos atañe, cuando es por demás sabido, que una persona con problemas emocionales como son los abuelos maternos, pueden ocasionarle graves trastornos a los menores que se encuentren cerca, en este caso mi nieto.

Por todo lo anteriormente expuesto, es incontrovertible que el citado argumento de falta de figura paterna en mi núcleo familiar, no es razón suficiente atento a las circunstancias del caso, para

revocar la guarda y custodia que me había sido concedida,...

El segundo argumento toral en que apoya su revocación de guarda y custodia la Sala responsable. ...es insostenible para ser razón legal de la revocación de la guarda y custodia que me fue concedida en primera instancia, primeramente porque la edad de la suscrita (que es de sesenta y cuatro años cumplidos y no sesenta y siete como erróneamente sostiene el Ad quem) no me inhabilita de ninguna manera para hacerme cargo de la guarda y custodia de mi menor nieto, sino que únicamente me serviría como causa de excusa en dicho desempeño. ...por lo tanto, aunque mi edad fuera considerada sumamente avanzada, lo que no es así, dadas las expectativas de vida actuales, no es razón suficiente para separarlo de mi persona, lo que por otro lado ...le causaría un grave perjuicio. No debe pasarse de largo, que, ...en el cuidado y custodia del menor que nos atañe, cuento con mi hijo Miguel Angel Fernández Bravo, con mi hija María del Mar Fernández Bravo, y su esposo (al que mi nieto también ve como padre al igual que a mi hijo Miguel Angel, ...y el personal de servicio que en número de tres labora en mi domicilio, por lo que no es justificable que por razones de edad, se me prive de la guarda y custodia que ya me había sido concedida, sobre todo por la relación afectiva que une a mi nieto conmigo derivada de que casi toda su vida ha estado a mi lado.

...Debe de considerarse que ...contrariamente a lo sostenido por la responsable, la polarización de intereses entre ambas familias, sí es un dato objetivo que merece ser considerado, dado que al otorgarse una custodia compartida, más que solucionar problemas, se está sembrando la semilla de nuevas discordias, puesto que

como en la segunda de las argumentaciones refiere la responsable, en caso de no haber consenso sobre la manera en que se van a manejar las cuestiones relativas al menor que nos atañe, se puede concurrir a los tribunales. lo que obviamente implica nuevos y mayores conflictos, los que en aras del supremo interés del infante de marras, debe ser prevenido. Tampoco debe de dejar de considerarse en aras del aludido interés, que mediante una patria potestad compartida en el sentido que propone la responsable, al menor se le provocaría un estado de confusión, puesto que en un momento dado, no va a saber a quién de sus ascendientes obedecer y seguir en cuanto a la dirección que deba tomar su educación y formación, tanto psíquica como intelectual, lo que incidirá directamente en su estabilidad emocional.

...En este tenor y evidenciada la ilegalidad cometida y por ende, la violación de garantías acaecida en mi perjuicio, lo procedente es la concesión del amparo solicitado, a efecto de que la Sala responsable con plena jurisdicción resuelva sobre los puntos omitidos a la luz de los agravios oportunamente expresados".

Por razón de turno correspondió su conocimiento al Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, quien dictó sentencia el diez de febrero de dos mil, en el D.C. 3690/99, cuyas principales consideraciones fueron las siguientes:

"SEXTO. A fin de facilitar la comprensión de la problemática planteada y por cuestión de método, es pertinente señalar que los conceptos de violación que se sustentan se examinarán en diverso orden al propuesto, ...porque los argumentos que en ellos se

contienen, giran en torno a dos aspectos primordiales que la Sala responsable decidió en su determinación: a) El ejercicio conjunto de la patria potestad del menor José Hilton Fernández Silva, en favor de la abuela paterna y de los abuelos maternos; y, b) El ejercicio de la guarda y custodia de dicho menor en favor de los abuelos maternos.

...Por lo que se refiere al segundo aspecto, concerniente al ejercicio conjunto de la patria potestad de la abuela paterna y de los abuelos maternos respecto del menor José Hilton Fernández Silva, en el segundo concepto de violación, ...son infundados, por las razones que enseguida se exponen:

...Ciertamente debe tomarse en cuenta que por virtud del fallecimiento de sus padres, y durante el tiempo en que se resolvía a quién o quiénes correspondería el ejercicio de la patria potestad, así como la guarda y custodia, el menor José Hilton Fernández Silva, se ha desarrollado en el seno de la familia paterna, siendo uno de los factores que indudablemente ha repercutido directamente en su formación, y que el tribunal de alzada tomó en consideración para confirmar el ejercicio conjunto de la patria potestad, conforme a su arbitrio, y no otorgarla exclusivamente por lo que se refiere a una determinada línea de ascendientes.

Por lo que se refiere a la polarización de intereses que existe entre ambas familias, y con base en la cual, la quejosa pretende se le otorgue, de manera exclusiva, el ejercicio de la patria potestad, este tribunal colegiado estima que la peticionaria de garantías tergiversa los derechos que implica, y principalmente los deberes que conlleva dicha función, resaltando entre ellos, el interés y protección del menor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En efecto, independientemente de las diferencias que puedan existir entre ambas familias, ello no justifica que se pretenda privar al menor de los cuidados y atenciones que deben brindarle sus parientes, ya sea por la línea materna o paterna, salvo que exista peligro para él. Aunado a lo anterior, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, quienes ejercen la patria potestad, en caso de desacuerdo, pueden acudir al juez de lo Familiar para que resuelva lo que estime conducente con base siempre en el interés superior del menor, además de que conforme al artículo 417 del ordenamiento legal invocado, los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. Sobre el particular, es pertinente señalar que incluso entre los mismos padres pueden existir desavenencias en cuanto a la dirección que deban tomar los menores sobre los cuales ejerzan la patria potestad, y no por esa circunstancia se les debe privar de la misma.

En lo que atañe a los estudios psicológicos practicados a los abuelos maternos, la Sala responsable determinó que "...mientras no quede acreditada fehacientemente la ineptitud psicológica, conductual o patológica graves de los ascendientes por vía materna, a través del ejercicio de una acción destacada, el elemento de prueba a que se ha hecho mérito, no debe tener el alcance que le atribuye la recurrente..."; y en el caso, la impetrante sólo señala de una manera general que presentan baja autoestima, baja capacidad de percepción de la realidad de las cosas, y que necesitan recibir apoyo terapéutico, pero en modo alguno precisa las circunstancias por las cuales deben

considerarse como graves y de qué manera específica podrían influir respecto al ejercicio de la patria potestad sobre el menor.

Por lo que hace a la afirmación de que correspondía a la Sala responsable entrar al estudio de determinadas pruebas, a falta de valoración de las mismas por parte del juez de origen, tendentes a acreditar una conducta liberal, reprobable y aun delictiva de la madre del menor cabe señalar que el tribunal de alzada estimó que "...lo anterior no debe ser de influencia en el juicio ante el deceso de dicha persona y porque lo predominante debe ser el interés del menor, quien debe ser ajeno a las culpas y errores de los padres. Lo anterior no da bases para implicar a los abuelos maternos en dichas conductas, pues sería darle trascendencia a los hechos de los hijos sobre los progenitores, cuando cada uno es responsable de sus actos..."; por lo que, contrariamente a lo considerado por la peticionaria, el tribunal de alzada sí se avocó al estudio de las pruebas referidas.

Finalmente, para mejor comprensión del tercer tópico, relativo al ejercicio de la guarda y custodia en favor de los abuelos maternos, se estima pertinente que los argumentos contenidos en el primer concepto de violación, se examinen de manera conjunta:

En tal motivo de inconformidad, la peticionaria de garantías precisa las pruebas y las constancias de actuaciones, así como el contenido de dichos medios de convicción, y aduce que la Sala responsable, al revocar la sentencia apelada y otorgar la guarda y custodia del menor José Hilton Fernández Silva, en favor de sus abuelos maternos, las dejó de tomar en consideración,...

...Los motivos de queja ...deben desestimarse, por las razones que a continuación se exponen:

De la lectura integral de la sentencia reclamada, se advierte que la situación de hecho que la Sala responsable consideró, como medular, para otorgar la guarda y custodia del menor José Hilton Fernández Silva, en favor de sus abuelos maternos, es la problemática emocional en que se halla dicho menor, al ser huérfano de padre y madre. situación en la cual las figuras materna y paterna adquieren un primordial significado. Ante tal circunstancia, el tribunal de alzada concluyó que las expectativas del menor se verán colmadas si se desarrolla en el seno de la familia por línea materna, integrada por el padre, la madre e hija, dado que en la familia por línea paterna, existe la ausencia del abuelo paterno.

Por lo que hace a la incongruencia alegada por la quejosa, cabe señalar que ésta parte de una inexacta apreciación, porque si bien es cierto que la Sala responsable, como preámbulo de su resolución sostuvo que la formación de la personalidad del menor se da en los primeros cinco años de vida y que al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión de carácter emocional, también es verdad que sostuvo que "no es óbice el hecho de que el menor a partir del deceso de sus padres se hubiere 'desarrollado en el seno de la familia paterna', pues tal circunstancia precisamente motivó los juicios respectivos y no debe servir como fundamento 'legal' a la sentencia, cuya controversia fue motivada por ese 'estado de hecho' y falta de homologación judicial, cuya cuestión fue sometida a la decisión judicial".

Como puede advertirse, en el aspecto que se cuestiona, no existe incongruencia en la sentencia reclamada, pues si bien es cierto

que la formación del menor tiene lugar en los cinco primeros años de su vida, esa situación de hecho no es la única que debe ponderarse para determinar cuál de los ascendientes se encuentra en mejor circunstancia para ejercer la guarda y custodia sobre el menor, y menos aun cuando la situación aludida se originó por el transcurso del tiempo generado por la tramitación de la controversia natural de manera que esa situación de hecho en que se dieron las cosas, por sí sola, no puede incidir preponderantemente en la resolución de fondo del asunto, pues éste debe ser dilucidado acorde con las pretensiones que se hicieron valer oportunamente en el pleito, y en el caso específico, en aras de la protección del menor, la Sala responsable consideró que las expectativas del menor se verán colmadas si se desarrolla en el seno de la familia por línea materna, integrada por el padre, la madre e hija, dado que en la familia por línea paterna, se encuentra ausente el padre.

Al respecto, cabe precisar, que la determinación de la Sala responsable, al otorgar la guarda y custodia en favor de los abuelos maternos y no de la abuela paterna, se debió a la situación de hecho que prevalece en el seno de la familia por línea paterna, ante la falta de uno de sus miembros, y que por disposición del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, es uno de los obligados a ejercer la función de la patria potestad, cuyo desmembramiento es la guarda y custodia del menor, y no como equivocadamente lo interpreta la quejosa en el sentido de que haya existido una causa grave de su parte que haya afectado al menor, pues el tribunal de alzada esencialmente tomó en consideración las circunstancias prevalecientes en el seno

de la familia por línea materna. integrada por todos sus miembros para el mejor desarrollo y la formación del infante.

Con relación a la probable lesión de carácter emocional a la que alude la quejosa, por desvincular al menor del seno de la familia por línea paterna, es pertinente destacar que la Sala responsable confirmó la determinación del juez natural en el sentido de otorgar la patria potestad de manera conjunta, a favor de los abuelos maternos y de la abuela paterna, lo que tiene como consecuencia que los llamados a ejercer dicha función, conforme al artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, y si bien es cierto que con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo la guarda y custodia de los abuelos maternos, también lo es que la abuela paterna estará obligada a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades que se determinen en ejecución de sentencia. Aunado a lo anterior, el artículo 417 del ordenamiento legal invocado, establece que los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos, y que en caso de oposición, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor, de manera que la lesión afectiva a la que refiere la titular de la acción constitucional, es una situación de hecho que ella puede atenuar conforme a los lineamientos precisados, y por consiguiente, el criterio que cita no resulta aplicable en el presente, dadas las circunstancias prevaecientes.

Por lo que hace al rol de padre que la impetrante aduce han asumido su hijo Miguel Ángel Fernández Bravo, así como su yerno. cabe señalar que esa circunstancia no puede suplir la ausencia del abuelo por línea paterna. pues es la ley la que encomienda a éste el ejercicio de la patria potestad y si bien es cierto que deben existir relaciones personales entre el menor y sus parientes. no puede soslayarse que las personas mencionadas tengan la obligación de asumir la función que por ley correspondía al abuelo paterno.

En el caso, como lo sostuvo la Sala responsable, ante la problemática emocional del menor, por ser huérfano de ambos padres. la figura paterna y materna adquieren un primordial significado. tan es así que el legislador ha querido que la patria potestad se ejerza conjuntamente, y que sólo por causas justificadas pueda desvincularse el ejercicio de esa función.

Ciertamente, tomando en consideración la edad del menor y la falta de ambos padres, es inconcuso que para su desarrollo y formación, es de vital importancia que observe directamente el rol que desempeñan las figuras materna y paterna en el núcleo familiar, sobre todo en su carácter de cónyuges, lo que sólo se puede lograr en la familia por línea materna, pues es en ésta en donde aún viven los abuelos maternos que son los obligados a ejercer la patria potestad ante la falta de padres del menor, y no así en la familia paterna, donde se encuentra ausente uno de los cónyuges, sin que en el caso, el hijo y el yerno de la quejosa puedan suplir esa ausencia, puesto que el rol que desempeñaba dentro de la familia, es diverso al que correspondía, y si bien es cierto que no necesariamente tiene que existir la figura paterna,

también lo es que debe prevalecer el interés superior del menor. En lo tocante a que el abuelo materno continuamente sale de viaje al extranjero. y que los abuelos maternos presentan problemas emocionales. cabe señalar que esa circunstancia no impide que puedan ejercer la función relativa a la patria potestad, en primer lugar, porque la ausencia alegada es por motivos de trabajo, y en segundo lugar, porque, como lo sostuvo la Sala responsable, no quedó acreditada fehacientemente la ineptitud psicológica, conductual o patológica graves de los ascendientes por línea materna, a través de una acción destacada.

Finalmente, cabe señalar que aun cuando no exista una diferencia de edad significativa, entre los abuelos maternos y la quejosa, y que ésta también tenga una posición económica desahogada, ello no es suficiente para desvirtuar la situación de hecho fundamental que la Sala responsable tomó en cuenta para otorgar la guarda y custodia a favor de los abuelos maternos, en el sentido de que, dada la problemática emocional del menor, por ser huérfano de ambos padres, las figuras materna y paterna adquieren un primordial significado

En las relatadas circunstancias, al haberse desestimado los conceptos de violación analizados, debe negarse la protección constitucional impetrada.

La negativa anterior, se hace extensiva a los actos de ejecución que se atribuyen al titular y a los actuarios adscritos al Juzgado Trigésimo Octavo de lo Familiar del Distrito Federal, al no reclamarse por vicios propios, sino en vía de consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia 105, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la

página 68, tomo VI-materia común del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, que dice: "AUTORIDADES EJECUTORAS. NEGACIÓN DE AMPARO CONTRA ORDENADORAS. Si el amparo se niega contra las autoridades que ordenen la ejecución del acto que se estima violatorio de garantías. debe también negarse respecto de las autoridades que sólo ejecutaron tal acto por razón de su jerarquía".

Por lo expuesto, fundado y con apoyo en los artículos 76 a 80, 188 y 190 de la Ley de Amparo, se RESUELVE:

ÚNICO. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Adriana Bravo Suárez viuda de Fernández contra la sentencia definitiva dictada el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, por la Décima Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el toca 2884/98/11, formado con motivo del recurso de apelación que se hizo valer en el juicio ordinario civil, ejercicio de la patria potestad, expediente 423/98, seguido por Adelino Fernández Hidalgo y la aquí quejosa contra Sergio Silva Hilton y Tereza Nunes Pinto de Silva, y su acumulado, expediente 52/98, relativo al juicio ordinario civil, ejercicio de la patria potestad, promovido por Sergio Silva Hilton y Tereza Nunes Pinto de Silva contra Adelino Fernández Hidalgo y la aquí quejosa; así como la ejecución de dicho fallo atribuida al titular y actuarios del Juzgado Trigésimo Octavo de lo Familiar del Distrito Federal".

Del caso en análisis se desprenden algunos inconvenientes que a la único que condujeron fue a retardar el procedimiento, lo que trajo como consecuencia, que el menor sufriera largamente la disputa de sus ascendientes por intentar ejercer sobre él la patria potestad, tal vez por un mero revanchismo

derivado de los difíciles acontecimientos que rodearon al caso, aunado a que se fueron creando en él rencores, frustraciones, y un deficiente desarrollo emocional.

Debe decirse que este caso referente al ejercicio de la patria potestad ante la falta de padres, no es el único que carece de elementos esenciales. lo cual nos hace dudar si la decisión del juez de lo Familiar, fue la más favorable al interés superior del menor.

En primer lugar, el juicio se admitió a trámite y se desarrolló en la vía ordinaria civil, la cual no resulta ser la adecuada para ventilar este tipo de controversias, sino que debió tramitarse en la vía creada especialmente para estos casos, que es la de las Controversias del Orden Familiar, puesto que éstas suponen un procedimiento más simple, esto es, menos tardado que el ordinario civil; además el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, referente al capítulo de las Controversias del Orden Familiar, faculta al juez a intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, decretar las medidas precautorias tendentes a preservar la familia y proteger a sus miembros; cabe recordar que en esta materia, las determinaciones pueden cambiar siempre que velen por el interés superior de los menores.

También del texto de dicho artículo se desprende que los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

Asimismo, contempla que 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, lo cual a veces es tachado por las partes de parcialidad y, por ende, de favorecer a alguna de ellas, lo que es otro obstáculo en la actividad jurisdiccional derivada, algunas ocasiones, de la falta de ética y escrúpulos de los abogados que patrocinan a las partes y que son movidos, generalmente, por aspectos diferentes al ya citado objetivo primordial, ello sin dejar a un lado la mezquindad de la familia.

En caso de que no se logre el avenimiento de las partes, el juez valorará la pruebas aportadas y dictará sentencia.

Por lo anterior, el juez debió prevenir a las partes en el sentido de que la vía adecuada para tramitar el caso en análisis era la de las Controversias del Orden Familiar, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones reclamadas, las cuales giraron en torno a demandar el ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos en ambas líneas, sobre un menor que tuvo la desgracia de perder por causa de muerte a sus padres.

En segundo lugar, varios jueces se excusaron para conocer del asunto y lo remitían a otros, lo cual también fue un factor totalmente injustificado que retardó el procedimiento en perjuicio del menor, lo que lleva a la necesidad de limitar las excusas a casos únicamente de parentesco, de estrecha amistad o de enemistad, así como de haber patrocinado a alguna de las partes con antelación, ya que es evidente la táctica criminal de obligar al juzgador a excusarse, ello si se parte del supuesto de que al llegar la demanda y su contestación, puede advertir situaciones que le impidan resolver el asunto y no como en la especie, que se suscitaron durante la substanciación del procedimiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En tercer lugar, el juez de lo Familiar, al dictar su sentencia, en ningún momento especificó en qué lineamientos se basó para tomar su decisión.

Lo anterior, debido a que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, ya analizado en el punto anterior, no aporta los elementos necesarios para que el juzgador dicte su sentencia, como lo es la especificación de los profesionistas que lo deben auxiliar, con el fin de proporcionarle los elementos que le sirvan para analizar y valorar adecuadamente la situación tan difícil en que se encuentran inmersos los menores en estos casos.

Asimismo, el juez de lo Familiar, otorgó la patria potestad sobre el menor José Hilton Fernández Silva, a la abuela paterna y a los abuelos maternos en forma conjunta; sin embargo, decretó erróneamente la guarda y custodia definitiva del menor a favor de la abuela paterna, bajo el argumento de que el menor había vivido con ella desde su nacimiento y que separarlo de tal lazo afectivo, ocasionaría un daño irreversible en el menor.

Posteriormente, la Décima Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, revocó la sentencia en el sentido de otorgar la guarda y custodia del menor a favor de los abuelos maternos, por considerar que ello convenía al interés superior del menor, ya que en su abuelo vería reflejada la figura paterna y en la abuela la materna, lo que lo ayudaría a formarse el concepto exacto de lo que significa una familia.

Finalmente, el tribunal colegiado, como órgano de control constitucional, dictó su sentencia en el sentido de otorgar la guarda y custodia definitiva del menor a favor de sus abuelos maternos, lo cual representa el mayor beneficio para el menor, ya que tomó en consideración que no obstante

que el menor había vivido con su familia paterna desde su nacimiento, necesitaba convivir también con su familia materna, para darles la oportunidad de demostrar su cariño al menor, y a su vez que el menor tuviera la oportunidad de decidir con cuál de sus dos familias se encuentra mejor, lo cual avaló la constitucionalidad de la postura adoptada por la entonces Sala responsable

Es por todo lo anterior que se observa la necesidad de que las sentencias de los jueces de lo Familiar, en este tipo de casos tan especiales, cuenten con los datos exactos y precisos que den la certidumbre de que su decisión fue la más favorable al menor, como adelante se indicará.

5.3. Propuesta

Es claro que la patria potestad es una institución en la que los padres tienen determinadas facultades o deberes concedidos por la ley, para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes y los representen; por tanto, ante la falta de ambos padres la patria potestad, lógicamente, la ejercerán los ascendientes en segundo grado, esto es, los abuelos en ambas líneas, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso, tal como lo prevé el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando esto sucede se le presenta al juez la terrible problemática de determinar cuál de los ascendientes en segundo grado, es más apto, o cuál se encuentra en mejor circunstancia para ejercer la patria potestad sobre un menor, a falta de los padres; siendo ésta una cuestión que como ya se ha manifestado, debe resolverse en cada caso en particular.

En tal virtud, habría una serie de hechos a considerar, como son: qué abuelos se hallan en situación de proveer a las necesidades del menor, en caso de que éste no tenga bienes, si los tiene, quién es más apto para administrarlos, pero sobre todo, tomando en consideración, los factores educacionales y morales que influirán decisivamente en la formación del menor y en su preparación para la vida, lo que no implica poner en desventaja a los familiares que económicamente están en situación desfavorable, punto éste dogmático y delicado si se parte del supuesto de que el dinero no lo es todo.

En consecuencia, para que la decisión del juez de lo Familiar sea la más favorable al interés superior de los menores, debe observar si los elementos en que se apoye para dictar sentencia tienen bases legalmente establecidas, en las que se ven inmersas las garantías de audiencia, legalidad y debido proceso, pues de lo contrario, los menores sufrirían un perjuicio al verse inmiscuidos en un procedimiento largo y desgastante, y contrario a su superior interés; inclusive, se encuentran expuestos a que al decidir el juzgador qué abuelos son los que deben ejercer la patria potestad, se observe la carencia de fundamentos legales y reales, para llegar a tal conclusión.

Entonces, para que el juzgador pueda crearse un criterio objetivo en cuanto a qué pareja de abuelos correspondería ejercer la patria potestad sobre el menor sujeto a ella en el caso de que mueran los padres, y que realmente la decisión que se tome sea en beneficio de éste, debe el juez de allegarse de todos los elementos necesarios que le coadyuven a determinar lo conducente en cada caso en particular, por lo cual también se deben allegar al juzgador todos los elementos que el Estado tenga a su alcance para lograr el fin que la norma persigue y sobre la base de que la familia es la base de la sociedad, lo que hará de sus integrantes, ciudadanos mexicanos íntegros e

integrados al desarrollo de nuestro país en todos sus aspectos, lo que hará una sociedad crítica y propositiva, siempre en aras de mejorar todo el entorno de la nación mexicana

Por tanto, además de los elementos que se encuentran previstos por la legislación aplicables, es necesario que se implementen otros medios auxiliares y probatorios, que ayudarán al juez de lo Familiar a conocer de una forma más clara, concreta y real, la situación económica, moral y mental en que se encuentren ambas parejas de abuelos; pudiendo con ello precisar cuál pareja de ellos estaría en mejor posibilidad de proporcionar al menor todas aquellas condiciones necesarias para su desarrollo normal (no sólo económicas), dentro de un ambiente adecuado y favorable para su formación como ser humano e integrante de una sociedad, al poner en sus manos bases y herramientas que lo conduzcan a tal logro, como serían la educación, valores morales, alimento, domicilio, en fin, todo aquello que se ha manifestado al respecto en el presente trabajo.

Esta propuesta, se hace con fundamento en lo establecido por el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

Así también, el artículo 289 del mismo ordenamiento legal,

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

establece que:

"Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

Como la determinación por parte del juzgador, de cuál pareja de abuelos es la idónea para ejercer la patria potestad sobre el menor, es un hecho dudoso y controvertido, la aplicación de los medios auxiliares y probatorios le serían de una gran utilidad, y los numerales en comento deben tener, en la materia, el alcance de allegar al juzgador mayores elementos para emitir su resolución.

Ahora, para implementarse en el procedimiento los medios auxiliares y probatorios como elementos coadyuvantes al juzgador de lo Familiar, se requiere que éstos sean aplicados y practicados por personas especializadas en la materia, con verdadera vocación de servicio, cuyo único fin sea el de auxiliar al juzgador, desempeñando un papel autónomo al de las partes, al del Ministerio Público y al del juez, con una función activa en el procedimiento.

Estos especialistas serían un licenciado en Derecho, un psicólogo, un trabajador social, un médico general y un pedagogo, los cuales están en aptitud de brindarle los elementos convincentes al juzgador, para la emisión de sus sentencias, al orientar e instruir, imparcial y fehacientemente su criterio, a la vez que debe confiar en los conocimientos y opiniones de aquellos.

Dichos profesionistas deberán entregar al juez un reporte del caso

a dilucidar, el cual contendrá, una descripción detallada del ambiente de las partes en conflicto; una relación del nivel educativo de las familias; las pruebas psicológicas y psiquiátricas de las partes contendientes.

Una vez que el reporte sea entregado, el juzgador citará a las partes a una plática con él en presencia de los profesionistas ya mencionados, a fin de que expongan su problema y así analizarlo desde una perspectiva social y humana, ello con independencia de que lleve a cabo una plática propiamente con el menor, lo que implica también una capacitación especial del juzgador.

Con todos esos elementos a su alcance, el juez procederá a valorarlos en su conjunto y deberá exponer los motivos y fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión

Es decir, la sentencia del juez de lo Familiar deberá contener el reporte entregado por los profesionistas ya mencionados, expresando que esos son los lineamientos que le sirvieron de base para enriquecer y complementar su determinación.

Lo anterior implicaría la emisión de una sentencia confiable, de la que se pudiera concluir que en realidad se atendió al interés superior de los menores, aunado a que se reduzcan términos para impugnar, es decir, la finalidad es evitar que el menor sea cautivo de un procedimiento largo y desgastante, ya que de lo contrario, ese ambiente ajeno a su mundo lo dañaría gravemente.

En tales circunstancias, es preciso delimitar con claridad las facultades concedidas a los jueces de lo Familiar para la protección y

salvaguarda de los miembros integrantes de la familia, en particular de quienes se encuentran mas desprotegidos, como lo son los menores.

En razón de lo expuesto con anterioridad, el legislador debe llevar a cabo una reforma substancial, en la cual queden debidamente plasmados los lineamientos en que se deben basar los jueces de lo Familiar para emitir sus resoluciones cuando se trate de otorgar la patria potestad ante la falta de padres, prevista por el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Con base en lo anterior, mi propuesta es que en el Título Octavo, denominado De la Patria Potestad, capítulo I, del Código Civil para el Distrito Federal, se incluya el artículo 414 bis, mismo que se redacta de la forma siguiente:

Artículo 414 bis. Para los efectos del párrafo segundo del artículo anterior, el juez de lo Familiar deberá auxiliarse de profesionales en la materia, los cuales serán un licenciado en Derecho, un psicólogo, un trabajador social, un médico general y un pedagogo.

Estos profesionistas entregarán al juez un reporte de lo analizado por ellos, el cual deberá contener una descripción detallada del medio ambiente en que se desenvuelven las partes en conflicto, una relación del nivel educativo de las familias, un estudio sobre posibles problemas familiares, así como pruebas psicológicas y psiquiátricas de las partes.

Este reporte será entregado al juez, el cual citará a las partes en conflicto a una plática con él, en presencia de los profesionistas mencionados.

La sentencia deberá contener íntegramente el reporte en cuestión; asimismo, de dicha sentencia se debe desprender que el juez atendió primordialmente al interés superior de los menores, lo que se debe reflejar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

incluso en la duración del litigio.

De lo anterior se puede concluir que una vez que el juez de lo Familiar haya utilizado todos los elementos y medios necesarios para resolver a qué pareja de abuelos corresponde el ejercicio de la patria potestad, ante la falta de padres, lo hará mediante un criterio objetivo y con la convicción de que resolvió conforme a lo más favorable al menor, al conceder dicho ejercicio a la pareja de abuelos que resulta más idónea para llevarlo a cabo, transmitiendo con ello, además, tal convicción a nosotros como sociedad.

CONCLUSIONES

Primera. La patria potestad es una institución jurídica regulada en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, como un conjunto de derechos y obligaciones que se conceden al padre y a la madre sobre sus menores hijos, tanto en lo jurídico, como en lo moral y social. Esta institución fue elevada dada su trascendencia, a rango constitucional, en el texto del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al precisar que todos los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para lograr su desarrollo integral; por lo tanto, los ascendientes tienen el deber de satisfacer dichas necesidades; asimismo, el Estado deberá proveer lo necesario para hacer respetar los derechos de la niñez; lo anterior, a partir de la suscripción por México a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Segunda. Es claro que debido a la importancia que tiene la institución de la patria potestad, ante la falta de ambos padres, la ejercerán los abuelos en ambas líneas, en el orden que determine el juez de lo Familiar, valorando las circunstancias de cada caso, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tercera. Cuando fallecen ambos padres de un menor, y los abuelos en ambas líneas promueven respectivamente un juicio en la vía de las Controversias del Orden Familiar para ejercer sobre él la patria potestad, se le presenta al juzgador la problemática de decidir quiénes de ellos son los más aptos para ejercerla, llevando a cabo un juicio largo y desgastante para el menor; aunado a que la decisión final del juzgador no siempre es la más favorable al interés superior del infante.

Cuarta. En razón de lo anterior, es necesario que el legislador lleve a cabo una reforma substancial, en la cual queden plasmados los lineamientos en que se deben basar los jueces de lo Familiar para emitir sus resoluciones, cuando se trate de otorgar la patria potestad ante la falta de padres.

Quinta. Los lineamientos en que se debe basar el juez de lo Familiar para otorgar la patria potestad ante la falta de ambos padres, serán el allegarse de todos los elementos necesarios que le coadyuven a determinar lo más benéfico para el menor, incluyendo aquellos elementos que el Estado le proporcione para lograr tal fin.

Sexta. Asimismo, es necesario que se implementen los medios auxiliares y probatorios en el procedimiento, que ayuden al juzgador a conocer de una forma clara, concreta y real, la situación en que vive cada pareja de abuelos, y así decidir cuál de ellas es la más apta para brindar al menor todas las condiciones necesarias para su óptimo desarrollo dentro de un ambiente familiar adecuado y favorable a su formación como ser humano integrante de una sociedad.

Séptima. Los elementos auxiliares y probatorios en cuestión, deben ser aplicados y practicados por personas especializadas en la materia, con verdadera vocación de servicio coadyuvante al juzgador, en estos casos tan desafortunados para un menor.

Octava. Dichos especialistas debe ser un licenciado en Derecho, un psicólogo, un trabajador social, un médico general y un pedagogo, los cuales deberán entregar al juez de lo Familiar un reporte del caso a dilucidar, el cual

deberá incluir en su sentencia, y que consistirá en una descripción detallada del ambiente en que se desarrolla cada pareja de abuelos, así como las pruebas psicológicas y psiquiátricas practicadas a cada una de ellas; sin dejar de considerar la plática que el juzgador debe sostener con el menor.

Novena. Si se incluyeran en la legislación civil los lineamientos ya expuestos, estaríamos, como sociedad, en la posibilidad de poder concluir que el juez de lo Familiar emitió una sentencia confiable, en la cual atendió primordialmente al interés superior de los menores, aunado a que con ello se reduciría el tiempo de duración del conflicto, con lo cual se evitaría que los infantes sean cautivos de un procedimiento largo, desgastante y dañino, ajeno a su mundo.

Décima. Lo anterior tiene como finalidad que el menor se desarrolle en el seno de una familia que le brinde todos los elementos necesarios para su óptimo desarrollo físico y mental, que le permita integrarse positivamente a la sociedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Civil. Volumen I*, Oxford. México. 2001.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, y otra, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Harla, México. 1996

BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel, *La Controversia del Orden Familiar. Tesis discrepantes*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 1994.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II*, Perrot, novena edición, Argentina, 1993.

BOSSERT, Gustavo A., y otro. *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Argentina, 1992.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Porrúa, tercera edición, México, 1994.

DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, Porrúa, cuarta edición, México, 1993.

DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas. Familia. Volumen I*, Porrúa, decimonovena edición, México, 1995.

ESCALANTE, Luz María, *Estudio sobre la patria potestad, la custodia y el derecho de visita*, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1992.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, Porrúa, decimocuarta edición, México, 1995.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 1999.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Harla, quinta edición, México, 1991.

HERNÁNDEZ FUENTES, Raúl Benito, *Código de Procedimientos Civiles comentado, concordado y con jurisprudencia*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1999.

MADRAZO, Jorge, *Derechos de la Niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1990.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Porrúa, segunda edición, México, 1985.

PARRA BENITEZ, Jorge, *Manual de Derecho Civil. Personas y Familia*, Temis, segunda edición, Colombia, 1990.

PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de Familia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

PLANIOL, Marcel y otro, *Biblioteca Clásicos del Derecho. Derecho Civil, Volumen 8*, Oxford, México, 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

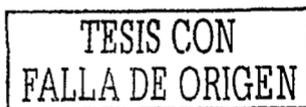
ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Tomo II*, Porrúa, novena edición, México, 1998.

SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia. Régimen de Personas. Tomo I*, Temis, séptima edición, Colombia, 1998.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.



Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Derechos del Niño, Legislación, Código Sectorial.

OTRAS FUENTES

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, IUS 2001, 11ª versión, séptima, octava y novena épocas.

Memoria del Senado de la República, Administración de Justicia, el Dictamen de Comisiones.

Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa UNAM.

Diccionario Jurídico Espasa, Madrid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN