

40721
263



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**LA PATRIA POTESTAD CUANDO SE RESTRINGE
EL DERECHO DE UN CÓNYUGE POR EL OTRO, EN
LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PEDRO EFRAIN LOPEZ ROBLES**

ASESOR: LIC. RODOLFO CALVILLO POPOCA

SAN JUAN DE ARAGON, MÉXICO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A



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.

AGRADEZCO:

A Dios:

*Por haberme dado la vida la salud y la
Enorme dicha de ser un profesionista.
Gracias.*

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Pedro Efraim Lopez
Rablos.

FECHA: 8 de octubre de 2003

FIRMA: [Firma manuscrita]

*A La Universidad Nacional
Autónoma de México*

*Por haberme otorgado el privilegio de
Ocupar un espacio dentro de sus aulas,
Por el conocimiento que de ella recibí y
Por la oportunidad que me brindó de
Haber cursado la carrera de Lic. en
derecho.*

A la E.N.E.P. Aragón

*Por haberme formado en sus aulas
Como estudiante y profesionista.
Gracias.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi director de tesis.

Lic. Rodolfo Calvillo Popoca

*Porque me guió en la elaboración
del presente trabajo.
gracias.*

A mi jurado:

Porque con su gran acervo jurídico

Observaciones, correcciones y comentarios

Perfeccionaron mi trabajo de investigación

Gracias.

*A todos y cada uno de los profesores de la
Carrera de derecho:*

*Porque me forjaron profesionalmente,
porque me guiaron hasta concluir mi carrera
y por toda la enseñanza que recibí de ellos
gracias.*

A mis Amigos y compañeros de siempre:

Lic. Adriana Guadalupe Cruz Lara

Lic. Ignacio Pérez Hernández

Lic. Martín Galindo Calderón

Lic. Leonardo Quiros Cortes.

Lic. Arturo Ramírez Sánchez

Lic. J. Alberto Betanzos Cervantes

*Por esos momentos agradables y
por su amistad y apoyo.*

Gracias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*A mis padres:
José López Herrera y Margarita
Robles Rojas, porque me
dieron Todo su apoyo Cariño y
comprensión, porque recibí de
ustedes cuidados y atenciones
porque han comprendido mis
errores y me dieron sabios consejos;
A ustedes porque aún de sus
escasas posibilidades económicas
me solventaron una carrera
Profesional; a ustedes por su
ejemplo de honestidad trabajo y
respeto que en todo momento me
inculcaron; a ustedes que
albergaron la esperanza de hacer
de mí un hombre de bien.
Gracias*

*A mi esposa Carmen García Torres:
Por el amor apoyo y comprensión que
encontré contigo, por ser mi compañera
de siempre.
gracias.*

*A todos y cada uno de mis hermanos:
Por el cariño que siento por ellos y por
el apoyo que siempre me brindaron y
A mi prima: Luz María Navarro
Robles con cariño.
gracias.*

*A mis hijos:
Pedro Christopher y José Omar
López García;
Con la esperanza de ser un ejemplo
En el que se guíen y el día de mañana
Formen parte de una generación de
hombres de bien, útiles a la sociedad
y ala patria.*

0

| |
|------------------------------|
| TESIS CON FALLA DE ORIGEN |
|------------------------------|

INDICE

Págs.

| | |
|---------------------------|----------|
| INTRODUCCIÓN | I |
|---------------------------|----------|

CAPITULO 1

ANTECEDENTES:

| | |
|--|----|
| 1.1. En las Civilizaciones antiguas | 1 |
| 1.1.1 India | 1 |
| 1.1.2 China | 2 |
| 1.1.3 Egipto | 2 |
| 1.1.4 Persia | 2 |
| 1.1.5 Israel | 3 |
| 1.1.6 Babilonia | 3 |
| Grecia | 3 |
| 1.1.7 Derecho Germánico | 4 |
| 1.2 En el Derecho Romano | 5 |
| 1.3. En el Derecho Canónico | 8 |
| 1.4. En el Derecho Español. | 9 |
| 1.4.1 Fuero Juzgo | 9 |
| 1.4.2 Código Eurico. | 9 |
| 1.4.3 Fueros Municipales | 9 |
| 1.4.4 Fuero Real | 10 |
| 1.4.5 Ley de las Siete Partidas | 10 |
| 1.4.6 Leyes de toro | 11 |
| 1.4.7 Proyecto del Código Civil de García Gayena | 11 |
| 1.5 Código Francés | 12 |
| 1.6. En el Derecho Mexicano | 13 |

E

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

| | |
|---|----|
| 1.6.1 Código Civil de 1870 | 13 |
| 1.6.2 Código Civil de 1884 | 13 |
| 1.6.3 Ley Sobre Relaciones Familiares | 13 |

CAPITULO 2

IMPORTANCIA DE LA PATRIA POTESTAD

| | |
|-----------------------------------|----|
| 2.1.1 Concepto | 15 |
| 2.1.2. Naturaleza | 19 |
| 2.1.3. Contenido | 24 |
| 2.1.4. Características | 25 |
| 2.1.5 Es Intransferible | 26 |

CAPITULO 3

3.1 SUJETOS Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

| | |
|---|----|
| 3.2. Personas encargadas de ejercer la patria potestad | 28 |
| 3.2.1 Códigos civiles de 1870 y 1874 | 29 |
| 3.3. Personas encargadas de ejercer la patria potestad respecto los hijos de matrimonio | 31 |
| 3.4 Personas encargadas de ejercer la patria potestad respecto del hijo adoptivo | 31 |
| 3.5 Personas sujetas a la patria potestad | 32 |
| 3.5.1 Menor edad | 32 |
| 3.5.2. Emancipación | 33 |
| 3.5.3 Contar con un ascendiente con derecho a ejercer la patria potestad. | 34 |
| 3.5.4 Derechos y obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad. | 34 |

F

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

| | |
|--|----|
| 3.6. Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad | 37 |
| 3.6.1 Representación legal del menor | 38 |
| 3.6.2 Designación de domicilio | 40 |
| 3.6.3 Derecho a nombrar tutor testamentario | 41 |
| 3.7 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR | 42 |
| 3.7.1 ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL MENOR | 42 |
| 3.7.2 Usufructo legal | 47 |
| 3.7.3 Duración de la patria potestad | 52 |

CAPITULO 4

SUSPENSIÓN, PERDIDA, EXTINCIÓN Y CAUSAS QUE EXCUSAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

| | |
|---|----|
| 4.1 SUSPENSIÓN DEL DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD | 54 |
| 4.2. PERDIDA DEL DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD. | 56 |
| 4.3. CONCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD | 60 |
| 4.4. CAUSAS QUE EXCUSAN SU CUMPLIMIENTO. | 62 |

CAPITULO 5

5.1 CONSIDERACIONES PERSONALES SOBRE EL TEMA E INNOVACIONES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

| | |
|---|----|
| 5.2 LA PATRIA POTESTAD ES DE ORDEN PUBLICO | 63 |
| 5.3 ES UN DERECHO RELATIVO CONCEBIDO Y DISPUESTO EN INTERES DE LOS HIJOS NO DEL PADRE | 64 |
| 5.4 TENENCIA. | 66 |
| 5.5. CONSIDERACIONES PERSONALES. | 66 |
| 5.6 EJERCICIO COMPARTIDO DE LA PATRIA POTESTAD | 71 |

| | Págs. |
|---|-------|
| 5.7 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD CONJUNTO DE LOS PADRES | 72 |
| 5.8 REGIMEN DE VISITAS | 73 |
| 5.9 COMUNICACIÓN DEL NIÑO CON OTROS PARIENTES O TERCEROS. | 76 |
| 5.10 PROPUESTAS DE REFORMA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO. | 79 |
| 5.11 LEY DE ASISTENCIA Y PREVISIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR | 84 |
| Conclusiones. | 89 |
| Bibliografía | 93 |
| Legislación | 95 |
| Jurisprudencia | 96 |

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto principal, analizar la institución de la patria potestad, porque, no obstante de ser considerada por la doctrina y la legislación como una institución cuyos problemas tanto técnicos como legales, que aparentemente son cuestiones resueltas, en lo personal estimamos que existe aun buen trecho por recorrer. Pretendiendo esta tesis señalar los aciertos y errores existentes en torno a la patria potestad (centrándose nuestro campo de estudio únicamente en la Legislación Civil del Estado de México). Así desde el punto de vista legal nos podemos cuestionar ¿porqué los padres y los abuelos tienen derecho a ejercer la patria potestad?, o bien ¿porqué se maneja de diversa manera la institución dependiendo de que el menor sobre el cual se ejerce la patria potestad sea hijo o no de matrimonio?, o bien ¿Por qué queda en total estado de indefensión la madre al serle separado de su menor hijo, por su cónyuge, donde resulta improcedente una denuncia penal por el delito de sustracción de hijo, en virtud que por ser el padre, ejerce la patria potestad sobre el menor y sin embargo le restringe el derecho a su cónyuge, quien a su vez ejerce también la patria potestad sobre el mismo menor?, ó desde el punto de vista técnico ¿es correcto limitar los efectos de la patria potestad a un cónyuge y a la persona y bienes del menor?

La patria potestad es una institución protectora de los menores que tiene su fundamento en la naturaleza humana, y que confiere a los padres una misión compuesta de facultades y deberes como son: asistir, educar, alimentar y formar a los hijos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con la finalidad de resolver entre otras las cuestiones antes mencionadas hemos realizado este estudio que de una manera general intenta encontrar el fundamento, contenido, definición, sujetos, totalidad de efectos y causas de extinción de la Patria Potestad, en el entendido que para lograr parte de nuestro cometido, hemos salido de las corrientes clásicas, sin otro afán que el de encontrar una técnica más acorde a la institución y una reglamentación más justa para las relaciones que regula.

De esta forma, la tesis se desarrollará en cinco capítulos:

En el capítulo primero iniciaremos señalando los antecedentes históricos que dieron las bases para la creación de la institución de la patria potestad.

En el capítulo segundo nos limitaremos a hacer un análisis de la importancia de la patria potestad, incluyendo la obligación alimentaria, como uno de los puntos más significativos.

En el capítulo tercero, se hará referencia a los sujetos y efectos de la patria potestad.

En el capítulo cuarto, se hará énfasis en la importancia de la suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.

En el capítulo quinto y último expondremos nuestras consideraciones personales y propondremos innovaciones al código civil del Estado de México, así como al código penal.

Para tal objetivo la metodología que se utilizará será de la deducción, la inducción el análisis y la síntesis. Todo esto a través de premisas que van de lo general a lo particular y de lo particular a lo general y de los datos que nos proporciona la realidad social. Los instrumentos que utilizaremos son la bibliografía, Jurisprudencia y la técnica que nos proporciona la sociología y el derecho constitucional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 1

ANTECEDENTES

1.1. EN LAS CIVILIZACIONES ANTIGUAS.

La historia de la patria potestad nos muestra un proceso de debilitación del poder paterno, ya que en los pueblos primitivos la familia era la única sociedad y la autoridad del padre la única autoridad, siendo ésta tan absoluta que se convierte en un derecho de propiedad sobre los hijos; después con el advenimiento del Estado, lo que gana éste lo debe perder aquél; Las antiguas civilizaciones orientales también conocieron esta idea, dos grandes razas, la semántica y la aria se encontraban diseminadas por el continente, el padre es mas bien el pontífice de la religión doméstica, y el Estado encarna en la familia, por lo que el padre tiene todas las atribuciones de jefe de Estado, ejerciendo un poder absoluto y de disposición sobre la vida de los hijos de su mujer. Sobre esta potestad absoluta y el arraigado sentimiento religioso se edifican las Instituciones de los pueblos antiguos de oriente.

1.1.1. India. Al inicio su población estaba compuesta por gentes que hablaban el idioma sánscrito, que 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 también ejercía las funciones del culto domestico.

El aumento de sus miembros dio origen a la formación de diferentes tribus a la cabeza de cada una de ellas había un jefe llamado rajá.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PAGINACIÓN DISCONTINUA

En el idioma sánscrito la voz 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 debe perpetuarse el culto, pues cuando muere se transforma en un dios familiar; que adquiere la inmortalidad, si dejó un hijo que lo reemplace en el gobierno familiar y en la dirección del culto doméstico, así aparece el derecho de la primogenitura. El padre tiene derechos absolutos para reconocer o rechazar al hijo y hacer suyas todas las adquisiciones que los hijos hicieran a cualquier título.

1.1.2 China. El parentesco, en un principio era la relación del hombre con horda, el niño tiene como padre a todos los adultos de la tribu y como madres a todas las mujeres que pudieron darle el ser. Después existe una relación directa entre madre e hijo, éste la reconoce como tal, pero en la familia, el padre es la autoridad superior. La patria potestad es inhumana y cruel, ya que el padre está facultado para azotar al hijo hasta matarlo, y también puede venderlo.

1.1.3 Egipto. La poligamia era generalizada, exceptuando a la casta sacerdotal a la que solo le era permitida una mujer. En la familia el padre ejerce un poder absoluto y tiránico sobre la mujer y los hijos.

1.1.4 Persia. El padre es el depositario del culto familiar y tiene un poder absoluto sobre la mujer y los hijos. La ley establecía que el hijo debía obediencia al padre, a cuyo cargo corre 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; y se podían cortar las orejas a los hijos que no se comportaban según los deseos del padre.

TESIS CON
FALLA DE CARGEN

1.1.5 Israel. El patriarca era originariamente el jefe de cada una de las tribus nómadas; la patria potestad era un derecho exclusivo de éste, derecho que se pierde a partir de Moisés, cuando la nación se constituyó en un gobierno general; entonces pasó su ejercicio a cada uno de los padres de familia; era un derecho amplio, 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.

1.1.6 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 estaba reglamentada en la ley de Hammurabi; es ejercida en primer lugar por el padre, quien puede casar a su hijo con quien le plazca, el que mientras no se case está sometido a la autoridad paterna, y aún puede someterse a los hijos a la esclavitud para responder por obligaciones contraídas por sus padres.

1.1.7. 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 de aquélla que se encuentra bajo la autoridad de un rey.

Y finalmente por la asociación de varias aldeas se forma el Estado, la polis que es la comunidad perfecta.

En Esparta 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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ejercía una rígida patria potestad sobre los hijos de los espartanos, a base de violencia y crueldad. 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 Solón 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 suerte de injusticias y crueldades.

1.1.8 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 tiene carácter riguroso, sino que es la intervención a favor del hijo para protegerlo. La autoridad superior de la familia era el Consejo formado por todos los parientes juntos.

La patria potestad termina cuando el hijo comienza una vida económica independiente y ya no necesita ni de los ciudadanos, ni de la protección del padre. La madre ejerce la patria potestad, una vez muerto el padre quien es el titular de ella.

En relación con el Derecho Romano: "Lo que hay es que el Derecho Romano se fijó prematuramente, y las modificaciones económicas en la organización de la familia no se manifestaron sino en una época en que el Derecho había adquirido ya toda su rigidez. En cambio, el Derecho Germano pudo adaptarse mejor a las relaciones de la vida, y su sistema, en definitiva, fue el siguiente: el hijo que continuaba habitando la casa Paterna,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

permanecía bajo la autoridad del padre; el hijo mayor que la abandonaba se hacía independiente."¹

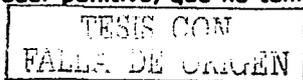
1.2 EN EL DERECHO ROMANO

LAS Personas alieni iuris son todas aquellas que se encuentran bajo cualquier potestad familiar; la manus comprende 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 paterfamilias el mancipium. La patria potestad es el poder jurídico que tiene el pater sobre los filifamilias, sean hombres o mujeres, sean naturales o adoptivos.

El pater familias, como jefe del grupo familiar tiene los más amplios poderes, sobre las personas a él sometidas. "Gayo afirma que la patria potestad es una institución propia de los ciudadanos romanos que no se encuentra en ningún otro pueblo: la afirmación no es inexacta ni exagerada, ya que la patria potestad, como es concebida por los romanos es de alguna manera única.

La patria potestad 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 concentra 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 era excepcional, en cuanto estaba limitado por la religión, pero sobre todo por el afecto, ya que el paterfamilias 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.



¹ CASTAN TOBEÑAS José. Derecho Civil Español. Común y Foral (Madrid: Boss, 1944), tomo IV, p. 37

"Inconcebibles son las relaciones de derecho privado entre el paterfamilias y los filifamilias, como no puede hablarse de pretensiones de estos frente a aquél, ni de un derecho a los alimentos, o de un derecho de la hija a la constitución de dote."²

Al inicio del primer siglo del Imperio, comienza la reacción legislativa. Trajano obliga al pater que hubiera maltratado al filius, a la emancipación; Adriano condena a la deportación al pater que hubiera matado al filius latronis (D. 48,9,5), ya que se 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, todavía vigente en el tiempo de Papiniano y de Ulpiano desaparece en la época cristiana, porque es incompatible con la nueva ética.

Constantino castiga con la poena cullei, propia del parricidio, el asesinato del filius.

Valentiniano califica éste como un enorme delito.

En el derecho justinianeo el derecho de vida y muerte es solo un recuerdo histórico.

El pater tiene derecho de exponer al recién nacido; aunque este poder ha sido limitado por las leyes.

Diocleciano prohíbe que el pater se ponga al matrimonio de la hija expuesta.

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

² IGLESIAS Jose L. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado* (6ª. Edición, Barcelona: Ariel, 1979), p. 932

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Entre los poderes inherentes a la patria potestad se encuentra el ius vendendi; en la época clásica el filius vendido se encuentra en la particular condición de mancipium; Justiniano limita la venta por el caso de extrema pobreza, admitiendo que el filius vendido pueda adquirir la libertad ofreciendo el precio pagado u otro esclavo.

La capacidad del filiusfamilias es reconocida respecto del derecho público y en las relaciones familiares, ya que un filiusfamilias puede ocupar la suprema magistratura de la ciudad y contraer iustae nuptiae.

Después de estas profundas transformaciones, la patria potestad asume otro carácter y otra función; se afirma el principio fundamental del ejercicio de la patria potestad "In pietate consistere debet". No es más un derecho en interés del pater o del grupo, sino un officium, eso es un deber en interés del que se encuentra bajo ella, y sólo con tal fin son atribuidos poderes al pater.

El filius a la par del esclavo, es órgano de adquisición por el pater, todo aquello que adquiere con su trabajo o mediante actos jurídicos va automáticamente al pater.

Después de radicales transformaciones, en el derecho justinianeo la tradicional incapacidad patrimonial del filius puede decirse que está substancialmente superada. Formalmente el pater es propietario de todo lo que puede adquirir el filius, pero sin la facultad de disposición su derecho se reduce en substancias a un poder de administración y usufructo legal.

También se suaviza el principio de que todo lo que el hijo adquiría correspondería al pater, con la existencia de pequeños patrimonios (peculios), que podían tener los hijos con separación del patrimonio de sus padres.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estos se clasificaban según la procedencia de los bienes: *profecticium*, era los bienes que el hijo adquiría de su padre para que los administrara; *castrense*, eran los conseguidos en la milicia; *quasi castrese*, se obtenían por el ejercicio de profesiones liberales, (en esos dos últimos tipos de *peculios* los bienes pertenecían en absoluto al hijo que con respecto a ellos era considerado como *pater familias*); y el *adventitium*, que se adquiría de la madre o de cualquier persona diferente al *pater*, por la industria o suerte, cuyo usufructo y administración pertenecían al *pater*, y en propiedad al *fillius*.

A través de una segunda evolución, el derecho justinianeo establece las bases de la concepción moderna de la patria potestad, configurada como un poder de corrección y de protección a la persona del *fillius*.

"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."³

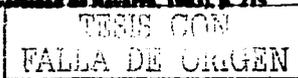
Con la influencia de la iglesia y la evolución de las costumbres se determinó una modificación a la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para la menor edad del hijo.

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

1.3 EN EL DERECHO CANÓNICO.

El cristianismo tuvo decisiva influencia en la moderación de la patria potestad, que se traduce en algunos derechos que se confieren a la madre,

³ D'ORS Álvaro. Derecho Privado Romano (5ª edición; Pamplona: Universidad de Navarra, 1983), p. 215



se modifican los conceptos rígidos, haciendo ver que también existían deberes que modifican los conceptos rígidos, haciendo ver que también existían deberes que cumplir donde hasta entonces no se había entendido más que derechos que ejercitar y cargas que imponer.

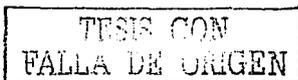
Así en la etapa medieval se obtiene la gran conquista de la institución, cual fue el reconocer que la autoridad del padre tenía un límite, pues sólo tenía vigor durante la minoría de edad del hijo.

1.4 EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.4.1 Fuero Juzgo. 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 quedará viudo, los hijos permanecerían sujetos a su potestad.

1.4.2 Código de Eurico Los bienes estarán a cargo del padre, quien los poseerá y consumirá conjuntamente con sus hijos, conservándolos íntegramente pero percibiendo sus frutos. Establece el ejercicio conjunto y simultáneo de la patria potestad.

1.4.3 Fueros Municipales- Ureña considera como una originalísima creación del derecho municipal castellano y aragonés, encarnado en el prototipo- Foral Cuenca Terve- el sistema que llama de la patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre. Esta última ejerce la patria potestad conjuntamente con el padre; pero la potestad paterna se extingue por la muerte de uno cualquiera de los cónyuges y el supérstite, sea el



padre o la madre, sólo pueden ostentar sobre sus hijos un derecho de guarda, especie de autoridad tutoría, bajo la intervención de la junta de parientes.⁴ Estos brotes de la patria potestad de la madre, fueron sofocados por el renacimiento del Derecho Romano, que introduce los postulados del derecho justinianeo, negando a la madre la patria potestad.

1.4.4 Fuero Real. Concede plenamente a la madre el ejercicio de la patria potestad.

1.4.5 Ley de las siete Partidas.- La Ley 1a, Título 17, Partida 4ª, da una definición del concepto patria potestad: "Patria potestad en latín, tanto quiere decir en romance como el poder que han los padres sobre los hijos" y después lo completa diciendo: "Poder e señorío han los padres sobre los hijos segunda razón natural e segundo derecho. Lo uno, porque nacen de ellos, lo al porque han de heredar lo suyo."⁵

Se le otorga a la patria potestad el mismo carácter que 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 a la madre, considerándola poder exclusivo del padre, limitado a los hijos legítimos: pues "ni los naturales", ni los incestuosos son dignos de ser llamados hijos, porque son engendrados en gran pecado".

El padre tenía la administración y el usufructo legal sobre los bienes de los hijos; pero tenía la obligación correlativa de alimentarlos, criarlos y educarlos en el conocimiento de la religión, la moral y en el de alguna ciencia, profesión, arte u oficio.

La patria potestad se constituía bajo cualquiera de las siguientes maneras: por el matrimonio que da a los hijos nacidos en él la calidad de legítimos y

⁴ CASTAN TOBEÑAS, op. Cit. 28

⁵ POLANCO Eraeste. *La Institución de la Patria Potestad en el espacio y en el tiempo* (Tesis de la Universidad JAVERIANA: Bogotá: Paz, 1947), Vol. XIX, p. 246.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que legitima a los que no lo son, por haber cometido el hijo emancipado grave falta contra la persona o la honra de sus padres, y por sentencia del juez.

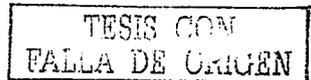
La patria potestad termina por: muerte natural o civil del padre o del abuelo que la estuviese ejerciendo, entendiéndose por muerte civil la pena corporal de deportación o destierro, o cualquier otra similar; por la elevación del hijo a la dignidad episcopal o a la de Tesorero del rey; la comisión del pecado de incesto por el padre o el abandono o exposición del hijo a las puertas de las iglesias u hospicios; la emancipación voluntaria, que es facultativa del padre. Además si el hijo es adoptado por otras personas pasaba su ejercicio al adoptante.

Con relación a este tópico, disposiciones posteriores como: el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación, etc., casi no modifican en nada lo dispuesto por las siete Partidas.

1.4.6 Leyes de Toro. El hijo al casarse sale de la patria potestad de manera permanente, al igual que si hace votos religiosos, entra a la potestad del abad.

1.4.7 Proyecto del Código Civil de García Goyena El título relativo a la patria potestad comienza esgrimiendo: "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a los padres"; continuando diciendo 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 son: el padre es el administrador legal de los bienes de los hijos menores; los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad pertenecen al padre en propiedad (reminiscencia del Derecho Romano). Los bienes que hayan sido donados al hijo para seguir una carrera y los que adquiera el hijo por su trabajo, independientemente del padre, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo.

La pérdida de la patria potestad se puede dar de manera natural: porque el hijo llegue a la mayoría de edad y por muerte, Voluntariamente por emancipación o adopción.

Se pierde por: condena privatoria de la patria potestad (mal trato y corrupción de los hijos) Y se suspende por ausencia, incapacidad o sentencia. Si el padre deja de ejercer la patria potestad, puede ejercerla la madre.

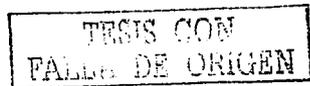
1.5 EN EL DERECHO FRANCÉS La Revolución francesa abolió la institución en su concepción romana, suprimiendo la autoridad paterna en el sentido dominante de explotación, transformándola en la basada en el deber de protección.

En el Proyecto del Código de Napoleón; el Consejero de Estado, al desarrollar el fundamento de la patria potestad, diferenció tres etapas:

La naturaleza, quiere que en la infancia tengan los padres sobre los hijos un poder pleno de protección y defensa.

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 confirmado por la ley.



1.6 EN EL DERECHO MEXICANO.

1.6.1 Código Civil de 1870 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; de el abuelo y a falta de este se ejercerá por la abuela.

En el Derecho Mexicano a este Código se le reconocen cinco innovaciones:

-La concesión de la patria potestad a la mujer.

-La mujer tiene la libre administración de los bienes del hijo.

-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.

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

-Reconoce que el hijo podía abandonar la casa del que ejerce la patria potestad por decreto de autoridad competente.

1.6.2 Código Civil de 1884

No modifica en nada la legislación anterior.

1.6.3 Ley sobre Relaciones Familiares

Transcribió la mayoría de los artículos de los dos Códigos anteriores con las siguientes modificaciones: La patria potestad se ejercerá sobre los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos (el parentesco solo 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.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

Reconoce los derechos de la madre 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.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 2

2.1 IMPORTANCIA DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1.1 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 hablo de sustituir la denominación patria potestad, por la llamada, "de la autoridad de los padres y de las madres"; pero la propuesta no prospero.

En el Código de Familia Ruso de 1918 se cambió por: derechos y deberes respectivos y de los padres.

En general los intentos por un cambio de nombre no han proliferado.

La historia de la institución, nos 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 y la madre.

Para tener una visión más amplio de lo que es la patria potestad, los diferentes juristas la definen de la siguiente manera:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Messineo "es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruirá los hijos menores de edad en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar.

Felipe Clemente de Diego la considera como: Patria Potestad es el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de los hijos y de los bienes, en la medida reclamada por las necesidades de estos."⁶

Según Colín y Capitán es: "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos."⁷

Castán Vázquez la define como: "Este proceso de la procreación implica entonces el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole."⁸

En el ámbito jurídico mexicano el maestro Galindo Garfias considera que, el concepto de "patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados.

En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad."⁹

⁶ CASTAN Tebeón, op. Cit., Tomo IV, p. 36

⁷ ZAMNOMI, Eduardo A., Derecho Civil, 2ª edic., Tomo II Buenos Aires: Editorial Astres 1993, p. 644

⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México: Editorial Porrúa, 1995, p. 644.

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México: Editorial Porrúa, 1995, p. 644.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sara Montero 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 descendientes menores de edad."¹⁰

Ni nuestro Código Civil, ni los códigos anteriores contemplan una definición de lo que debemos entender por patria potestad; pero en algunos preceptos nos da la pauta para encontrar los elementos esenciales.

El artículo 4.204 del Código Civil para el estado de México. Establece los sujetos activos de la relación en los siguientes términos:

Art. 4.204 La patria potestad se ejerce
En el siguiente orden:

- I Por el padre y la madre;
 - II Por el abuelo y la abuela maternos
 - III Por el abuelo y la abuela paternos
- Tratándose de controversia entre los abuelos, el juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.

El artículo 4.202 los sujetos pasivos: Siendo las personas sobre las que se ejerce la patria potestad:

Art. 4.202 La patria potestad
se ejerce sobre los hijos menores
no emancipados.

El 4.206 La patria potestad en la adopción simple:

Art. 4.206 En la adopción simple la patria
potestad solo la ejercen los adoptantes

El artículo 4.207 del Código Civil para el estado de México establece la facultad de corrección y buena conducta de quien ejerce la patria potestad

Art. 4.207 Los que ejerzan la patria potestad o tengan
menores bajo su custodia, tienen la facultad, de corregirlos
mesuradamente, educarlos convenientemente y la obligación
de observar una conducta que sirva de buen ejemplo.

Partiendo de los elementos que nos proporciona la legislación podemos definir la patria potestad como:

¹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. *Manejo de Familia*. México. Editorial Porrúa 1990 p. 339

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La institución que otorga a los ascendientes, un conjunto de facultades y derechos, con el propósito de que puedan cumplir con las obligaciones de sostenimiento y educación que tienen para con sus descendientes.

El ejercicio de la Patria Potestad durante la vigencia de los Códigos de 1870 y 1884 habría de corresponder en orden de preferencia al padre, a su muerte, interdicción o ausencia a la madre y así sucesivamente al abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna y finalmente a la abuela materna, según lo dispuesto en los artículos 392 y 366 de los Códigos Civiles en 1870 y 1884, respectivamente.

La procreación determina la filiación y esta 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 estos, mientras sean menores de edad y no se emancipen. Estas necesidades que satisfacen los padres, en principio 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.

Así "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."¹¹

Esos medios corresponde darlos a los padres en primer término, porque ellos tienen el ejercicio de la patria potestad concedido por el derecho

¹¹ POLANCO UREA, Ernesto. *La Institución de la Patria Potestad en el espacio en el tiempo*. Tesis Universidad Javeriana. Volumen XIX Bogotá: Editorial Pax, 1947, p. 219

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legislaciones modernas (principalmente los germánicos) la someten a la inspección del Estado, ejercida a veces por una autoridad especial tutelar. La atribución de derechos y facultades permite a los ascendientes, cumplir los deberes hacia los hijos.

A través de la familia 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 la doctrina española, anterior y posterior al Código Civil en 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.

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.

2.1.3 NATURALEZA El autor Rojina Villegas considera que existen los 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."¹²

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano Tomo II México: Editorial Porrúa. 1998 p. 72*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Nos explica que en la patria potestad, existen derechos subjetivos de interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los menores; intervención que 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 estos, son principalmente tolerancia o abstención.

Para algunos autores la patria potestad implica un derecho subjetivo del que la ejerce; ya que la institución de que tratamos 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 la 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 como decía Cicu, 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."¹³

Otros critican esa postura y consideran que el titular de la patria potestad tiene facultades que no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo porque este es de libre ejercicio y se da en interés de quién lo ostenta, mientras que las potestades son poderes instrumentales que persiguen el

¹³ ZAMNONI Eduardo A. Derecho Civil, 2ª Edic. Tomos I y II, Buenos Aires: Editorial Astrea 1993 p. 645

Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero. Quién es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el padre o la madre. Se liberen de aquellos deberes que la que potestad impone.

Amparo Directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez.

17 de de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Ernesto Solís. (7ª Época, Vol. 30, p. 65).

La potestad constituye el lado activo de toda relación familiar o cuasi familiar de subordinación.

Es un modelo que se ha ido haciendo raro, porque representa el poder directo sobre la persona o cosa, categoría que ha ido desapareciendo del derecho privado con excepción del derecho de familia, ya que la noción de potestad explica la naturaleza específica del derecho de corrección del padre.

"Se quiera o no, cuando el Código establece estas potestades a las que corresponden deberes de obediencia y respeto, da vida a un poder que va a ejercerse directamente por una persona sobre otra persona, a ejemplo del acreedor sobre el deudor en el primitivo Derecho Romano y a diferencia del derecho subjetivo ordinario."¹⁴

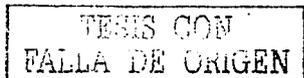
Para algunos el origen y fundamento de la potestad paterna deriva de: Según Hobbes, es el derecho del más fuerte y afirma que en su virtud, el padre reduce a esclavitud a un posible enemigo.

Dumat habla de ella como la primera especie de gobierno.

Puffendorf la hace derivar de un contrato tácito entre padres e hijos.

Grotius considera que viene "ex generatione", y se configura al modo del derecho que asiste al trabajador sobre su obra.

¹⁴ LA CRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís Saucedo Robellán. *Derecho de Familia*, Tomo IV. Barcelona: Editorial Bosch, 1984. p. 18



Jean Carbonnier reconoce que la noción de derecho de potestad que deriva de la autoridad paterna, constituye un derecho sobre la persona, que pugna con nuestro abstracto individualismo, pero considera que su negación sería tanto como desconocer la realidad.

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.

Así se reconoce la coincidencia en el progenitor de un derecho y un deber, que es característica de las relaciones de derecho público.

La patria potestad se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, la finalidad. En el logro de esta finalidad existe el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social.

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

Para este autor externamente la institución se nos presenta como un derecho subjetivo (el titular tiene un derecho subjetivo personalísimo, frente a todo poder exterior a la familia; y como tal es de ejercicio obligatorio), este último constituye una coincidencia con ciertos derechos subjetivos públicos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el derecho moderno, la patria potestad en su aspecto activo, es considerada como función social; ya que se establece como officium, con la finalidad de atender y cuidar el interés de la familia, y por tanto con un aspecto primordial de deber.

Los progenitores son órganos de un poder protector de la familia, desempeñando un cargo en cierto modo público, especialmente cuando asumen el cuidado de personas incapaces, que en otro caso correspondería al Estado.

Así las facultades otorgadas van dirigidas al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones (que tienen una libertad circunscrita, dentro de los límites que marca el cumplimiento de esos deberes propios de la institución), que la ley impone; por lo que la patria potestad se entiende como una función otorgada a los progenitores en beneficio de los menores.

2.1.4 CONTENIDO La autoridad paterna 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 en interés de la familia) y sociales (formar hombres útiles a la sociedad), que ostentan los ascendientes para el ejercicio de ese oficio. Algunas veces se basa en deferencias afectivas como en el caso de la adopción.

Desde el punto de vista natural, el derecho objetivo considera trascendental el vínculo afectivo y el interés de los progenitores hacia sus descendientes, para el desempeño eficaz de la función.

Éticamente, se reconoce la responsabilidad moral, de la formación física, educativa y espiritual de los que ejercen la patria potestad sobre los menores sujetos a ella.

TRAM CON
FALLA DE ORIGEN

Desde el punto de vista de éstos, el artículo 4.201 del C.C., que establece:

Artículo 4.201 "Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente".

Socialmente es importante hacer notar 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.

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

2.1.5 CARACTERÍSTICAS. La patria potestad posee varias características, que son: Es un cargo irrenunciable, el ejercicio de la patria potestad en interés del menor, deriva en gran medida de la naturaleza misma, el Derecho recoge los valores mínimos y los eleva a la categoría de conductas de interés público; reconocido éste en la ley al establecer su irrenunciabilidad.

El artículo 4.226 del C.C. que a la letra establece:

"La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El hecho de que la patria potestad sea un cargo de carácter irrenunciable, deriva también del:

Artículo 1.3 del Código civil para el Estado de México que considera que 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 el interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros.

Así 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.

2.1.6 ES INTRANSFERIBLE La característica en cuestión se desprende de que el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución, se encuentran fuera del comercio y también del hecho de que las relaciones familiares tienen carácter personalísimo.

Al respecto la SCJN ha sustentado el criterio jurisprudencial, que a continuación se transcribe:

"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 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."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**Amparo directo 7020/86. María Luisa Rojas viuda de Valdés.
de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos Ponente: Sergio
Hugo Chapital Gutiérrez. (8ª. Época, Tomo I, Parte 1, p. 372).**

Es imprescriptible. Ya que los deberes y derechos derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo.

El obligado a desempeñarla, que no lo hace, no pierde por ello su derecho para entrar a su ejercicio.

Es un cargo temporal Como lo contempla:

**El artículo 4.202 del Código civil para el Estado de México
al establecer que la patria potestad se ejerce sobre los hijos
menores de edad no emancipados**

LA PATRIA POTESTAD SE SUSPENDE :

Artículo 4.225 del Código civil para el Estado de México

La patria potestad se suspende:

- I. Por declaración de estado de interdicción de quién la ejerce;**
- II. Por declaración de ausencia;**
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;**
- IV. Por sustracción o retención indebida del menor, por quien no tenga la custodia.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO 3

3.1 SUJETOS Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD En virtud de ser la relación que integra la Patria Potestad una obligación compleja, es decir con prestaciones a favor y en contra de las personas colocadas en ambos extremos del vínculo, es imposible determinar de una manera general como deudor o acreedor a los sujetos que la integran, por lo cual, para hacer referencia a quienes en ella intervienen, utilizaremos para distinguirlos las denominaciones de: Personas encargadas de ejercer la Patria Potestad y Personas sujetas a la Patria Potestad.

3.2 PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

En tiempos prehistóricos, el ejercicio de los derechos, y cumplimiento de las obligaciones para con los hijos lo más seguro es que correspondiera a la madre, pues, de acuerdo a la cita que realiza José Castán Tobeñas de la obra de Bachofen, al ser la promiscuidad sexual el régimen primitivo familiar, se produjo la incertidumbre de la paternidad, dándose como consecuencia necesaria la familia materna.¹⁵

En el Derecho Romano, el ejercicio de la Patria Potestad estaba confiado exclusivamente al "pater-familias", cargo este último, que correspondía al más viejo de los ascendientes varones en línea recta.

Ya en el Derecho de la Corona de Castilla, se establece concretamente en las Siete Partidas, al padre como el titular de la patria Potestad, dejándose también cierta participación a la madre hasta que el menor sujeto a la potestad alcanzará la edad de tres años y únicamente en el aspecto oneroso que la misma implicaba, es decir, en cuanto a los ciudadanos que se deben tener para con el hijo.

¹⁵ CASTAN TOBEÑAS, José, op. Cit., pág. 141

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lo anterior asimiló la Patria Potestad a la Institución de la Hadana, proveniente del Derecho Musulmán, de la cual José María Castán Vázquez expresa: "En lo que se refiere, concretamente, a la patria potestad de la madre, el Derecho Musulmán ha sabido aunar en el periodo Islamítico, los principios de la autoridad paterna y de la patria potestad.

La coexistencia de ambos se logra en la institución de la Hadana, especie de tutela atribuida a la madre sobre los hijos para procurarles los peculiares cuidados maternos"¹⁶

De esta manera, se ha ido extendido el derecho de encargarse de la Patria Potestad a ambos progenitores, existiendo actualmente en Derecho Comparado básicamente dos corrientes; la primera que reconoce tal derecho al poder y únicamente ante su falta, imposibilidad o impedimento lo confiere a la madre; y la segunda que otorga tal derecho en forma conjunta al padre y a la madre.¹⁷

En virtud del cambio paulatino que ha operado en la reglamentación de este punto de la Patria Potestad dentro del Derecho Mexicano, es conveniente hacer un poco de historia y estudiar por separado las codificaciones que lo han regulado.

3.2.1 CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884 Analizaremos en forma conjunta el contenido de las codificaciones de 1870 y 1884 debido a que sus disposiciones sobre el punto en cuestión son idénticas. Ambas codificaciones para la reglamentación de la Patria Potestad en cuanto a las personas capaces de ejercerla, partieron de dos principios; la superioridad varonil y la unidad de autoridad.

¹⁶ CASTÁN VAZQUEZ José María, *La Patria Potestad* Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 79

¹⁷ En dicho sentido Código Suizo y Soviético

"La superioridad varonil, como principio guiador de la voluntad legislativa, se manifestó al otorgarse la posibilidad de ocupar en primer lugar el ejercicio de la Patria Potestad a los varones, excepción hecha de la madre en relación con los abuelos paterno y materno, asimismo, se expresó en el orden señalado para los abuelos, al colocar preferentemente a los paternos. El principio de la unidad de autoridad, según el cual por esencia ésta debe radicar en una persona" ⁴⁰.

Se estableció al otorgarse el derecho a ocupar sucesivamente el puesto para ejercer la Patria Potestad en forma individual a un sujeto.

Así, el ejercicio de la Patria Potestad durante la vigencia de dichos Códigos habría de corresponder en orden de preferencia al padre, a su muerte, interdicción o ausencia a la madre y así sucesivamente al abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna y finalmente a la abuela materna, según lo dispuesto en los artículos 392 y 366 de los Códigos Civiles en 1870 y 1884, respectivamente.

La sustitución en el ejercicio de la Patria Potestad, se realiza automáticamente al colocarse el encargado de ejercerla en los supuestos de suspensión o pérdida del derecho a ejercer la patria potestad designados por el legislador, sin necesidad de declaración judicial, pasando a ocupar el cargo la persona que siguiese en el orden marcado por la ley.

Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la injusta diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuro que unos y otros gozasen de los mismos derechos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴⁰ PUG PEÑA Federico, Derecho Civil Español, Tomo II, Volumen II Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 209

3.3 PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO.

Tienen derecho a ejercer la Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio, el padre y la madre, el abuelo y abuela maternos y el abuelo y abuela paternos, debiendo ejercerse en forma conjunta, en el entendido que la falta o impedimento de una de las dos personas que se encuentren ejerciéndola, no priva a la otra de este derecho.

El artículos 4.204 del Código Civil para el estado de México.
Establece los sujetos activos de la relación en los siguientes términos:

Art.4.204 La patria potestad se ejerce

En el siguiente orden:

- I Por el padre y la madre;
 - II Por el abuelo y la abuela maternos
 - III Por el abuelo y la abuela paternos
- Tratándose de controversia entre los abuelos, el juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.

Por lo que toca al orden en que los abuelos sustituyen a los padres, cuando exista controversia, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del mismo al respecto José María Castán Vázquez expresa:

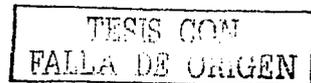
"Solamente el padre y la madre pueden ejercer la Patria Potestad. A los abuelos y a los restantes parientes de un menor les cabe ser llamados a funciones protectoras pero en concepto de tutores; y la Tutela y la Patria Potestad son, en nuestro Derecho, instituciones diferentes, aunque vecinas."¹⁹

3.4 PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL HIJO ADOPTIVO.

Corresponde ejercer la Patria Potestad en relación con el hijo adoptivo:

Artículo 4.206 del Código Civil para el Estado de México En la adopción simple la patria potestad solo la ejercen los adoptantes.

¹⁹ CASTAN VAZQUEZ José María, op. cit., pág. 71



De lo antes expuesto, se deduce que tratándose de hijos adoptivos, no existen más personas con derecho a ejercer la Patria Potestad, pues aún cuando existiesen los padres naturales del hijo adoptivo, carecerían de tal derecho.

3.5 PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD Desde la vigencia del Código Civil de 1870 hasta la actual codificación, con una pequeña variante en la Ley sobre Relaciones Familiares, se han establecido como requisitos para la persona sobre la que se ejerce la Patria Potestad; ser menor de edad, no estar emancipado y contar con un ascendiente con derecho a ejercer sobre él la Patria Potestad.

3.5.1 MENOR DE EDAD. Etimológicamente, la palabra menor proviene del latín "minor", adjetivo calificativo que significa más pequeño, el sustantivo edad, proviene del latín aetas que significa tiempo transcurrido desde el nacimiento.

Jurídicamente puede conceptuarse como la situación en que se encuentra una persona por su incipiente desarrollo, causa de una restricción a su personalidad con la finalidad de protegerla.

Doctrinalmente existen dos corrientes con diferentes sistemas para determinar el momento en que cesa este estado.

El sistema de la doctrina subjetiva de acuerdo a la cual, se requiere examinar cada caso concreto para poder apreciar si la persona ha alcanzado un desarrollo suficiente y con base en dicho examen declarar su mayoría de edad y la doctrina objetiva, que de una manera general establece cierta edad como límite, alcanzada la cual automáticamente se adquiere la mayoría.²⁰

²⁰ MENDIZABALOS, Luis. *Derecho de Menores*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, España 1987, p. 41

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el sistema jurídico mexicano, ha sido regulada de acuerdo a la teoría objetiva, fijándose durante la vigencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares y hasta antes de la reforma publicada en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1969, el Código Civil vigente, los veintiún años como su límite, sin embargo, de acuerdo a la reforma antes señalada se disminuyó a la edad de dieciocho años.

Como requisito de la Patria Potestad a diferencia de cuando lo es de la tutela, la minoría de edad no es necesario que sea declarada judicialmente. Si bien el sistema adoptado por la legislación mexicana es el más práctico y sencillo para determinar el momento en que cesa este estado, presenta el inconveniente de ser rígido.

3.5.2 EMANCIPACIÓN. La palabra emancipación proviene del latín "emancipar" y significa soltarse de la mano.

Jurídicamente puede definirse como la situación de un menor de edad que ha salido del control de las instituciones protectoras (Patria Potestad y Tutela), adquiriendo al mismo tiempo una cierta capacidad de ejercicio, intermedia entre la mayoría y la minoría de edad.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se establecían para el menor de edad sujeto a la Patria Potestad dos causas creadoras de tal situación, el matrimonio, conociéndose su efecto como emancipación legal y la emancipación voluntaria producida por el consentimiento del encargado de ejercer la patria Potestad del mayor de dieciocho años pero menor de veintiuno, siempre que el menor estuviese de acuerdo y fuese aprobada por el Juez, produciendo ambos tipos, efectos tanto sobre la persona como sobre los bienes del menor, atribuyéndosele así, una capacidad de ejercicio

limitada por lo que toca a enajenación o gravamen de inmuebles, negocios judiciales y celebración de matrimonio.

3.5.3 CONTAR CON UN ASCENDIENTE CON DERECHO A EJERCER SOBRE EL MENOR LA PATRIA POTESTAD.

Este último requisito es el que marca la diferencia entre la Patria Potestad y la Tutela, para determinar quienes son los ascendientes con derecho a ejercer la Patria Potestad, me remito a lo expuesto anteriormente.

Algunos doctrinarios, como es el caso de los alemanes, discuten la existencia del ejercicio del derecho de corrección de los padres por terceros oficiosos, ejercicio que con frecuencia fundamentan en la gestión de negocios; más se olvidan que ésta regula la relación del dueño del negocio y el gestor, más nunca es apta para legitimar el acto del gestor frente a terceros; en cierto momento el Tribunal Regional Superior Alemán se opuso, porque el tercero no se encuentra en situación de conocer la necesidad y la adecuación del castigo a la individualidad del niño.

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. Como lo demuestra la existencia del Código del Menor del Estado de Guerrero.

3.5.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD. El estado de sometimiento en que se encuentran los hijos menores respecto de los que ejercen la patria potestad, incluye el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 4.201 del Código Civil para el Estado de México reconoce el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres, este precepto a la letra establece lo siguiente:

"Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente".

Este deber supremo de los hijos que recoge la ley, tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre las relaciones entre padres e hijos; es más bien una consecuencia de las relaciones paterno-filiales en sentido amplio, de la patria potestad, ya que el deber en cuestión no se extingue al terminar la patria potestad. Mientras el hijo es menor de edad, el deber impuesto por este precepto se complementa con el de obediencia hacia quienes ejercen la patria potestad, por lo que podríamos advertir que la obediencia es contenido de la patria potestad.

Concluimos que el deber en cuestión, es moral y de imposible sanción y que no es posible exigir coactivamente su cumplimiento.

Podríamos decir que 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."²¹

La naturaleza moral de este principio, explica porque la norma establecida en el artículo 4.201 del Código Civil para el Estado de México, carece de fuerza coercitiva.

La fracción I, del artículo 2.20 del Código Civil para el Estado de México, reputa como domicilio legal del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

²¹ GALINDO, op. cit., p. 677.

De esta manera el precepto reconoce el deber de los hijos de convivir con los padres o ascendientes, que se encontraren en ejercicio de la patria potestad; para el mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo.

Los deberes de tener al menor bajo custodia, de educarlo y de observar una conducta que sirva de 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 solamente cuando se encuentren en peligro valores fundamentales, como la moral y salud del sujeto a la patria potestad.

El derecho argentino contempla en el artículo 277 del Código Civil, establece 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 a recompensa".

Para Zannoni este derecho esta 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.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Wolf considera que las órdenes que los padres dan a los hijos en la esfera del deber legal de los servicios. Son órdenes unilaterales que crean derechos y que dan una determinación especial al deber general del hijo; así éste ejecuta la orden en cumplimiento del deber legal, y cuando actúa sin órdenes especiales, no obra como gestor de negocios, sino en virtud de la relación jurídica paterno-filial.

La ley no precisa el grado de diligencia que el hijo debe prestar en el cumplimiento de su deber, por tanto ha de suponerse que responde de toda culpa.

El titular del derecho, puede constreñir al cumplimiento del deber legal de servicios con los medios correccionales que tiene a su alcance, para la educación de los hijos y en su caso con el apoyo del Tribunal de Tutelas.

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

3.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD. La autoridad de los ascendientes 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 con anterioridad la ley confiere los siguientes derechos y obligaciones.

3.6.1 REPRESENTACION LEGAL DEL MENOR. 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; porque es evidente que el que lo protege y actúa en interés del menor, lo representa supliendo su incapacidad.

La institución de la representación legal obra en beneficio de los menores, para su mejor protección, y a la vez de los terceros que otorgan contratos relacionados con el patrimonio del sujeto a la patria potestad.

En nuestro derecho vigente hacen referencia al tema los siguientes artículos: Art. 4.203. del Código Civil para el Estado de México:

La Patria Potestad comprende la representación legal Y la representación integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

Art. 4.210. del Código Civil para el Estado de México uno solo de los que ejercen la Patria Potestad podría representar al hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su cónyuge, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Art. 4.220. del Código Civil para el Estado de México En los casos en que las personas que ejercen La Patria Potestad tengan un interés opuesto al de los menores, éstos serán representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como el dispositivo legal antes transcrito, no señala el procedimiento a seguir o para su aplicación, se deduce que se complementa con el texto que establece el:

Artículo 4.221 del Código Civil para el Estado de México
 Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias
 Para impedir que por la mala administración de quienes
 ejercen la patria potestad, los bienes del menor se derrochen
 o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas Interesadas, del menor cuando hubiere cumplido Catorce años, o del ministerio público en su caso.

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

Lo anterior lo dispone la SCJN en el Amparo Directo
 4089/73 Enrique Anaya Castillas.

25 de julio de 1975. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

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.

La doctrina española se pregunta ¿si procede nombrar defensor (tutor en derecho mexicano), cuando la oposición de intereses se da entre dos hermanos menores representados por los mismos padres comunes?;

Considera Castán Vázquez que es procedente el nombramiento, ya que el padre no podría representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro; por lo que nos encontramos en el caso de intereses opuestos entre padres e hijos prevista por el precepto.

En cambio para Félix Hernández Gil, no procede porque el precepto merece interpretación estricta, al tratarse de una restricción de la patria potestad, y su inclusión sería forzar el precepto, ya que los padres podrían desempeñar con justicia una doble representación.

Al referirse el artículo 4.220 a intereses opuestos, ¿qué debe entenderse?, para Castán Vázquez es difícil dar un concepto general, por lo que dependerá de cada caso concreto.

Dice Hernández Gil que debe haber posturas antagónicas entre padre e hijo, en las que no pueda atenderse a las dos a la vez, sin que uno resulte perjudicado.

Alonso Pérez afirma que se refiere al enriquecimiento sin causa, en cuanto exista el riesgo de desplazamiento patrimonial a favor del padre a expensas del menor, sin un fundamento jurídico.

3.6.2 DESIGNACIÓN DE DOMICILIO. Los ascendientes que ejercen la patria potestad tienen el derecho-deber de custodia del menor, de donde deriva el deber de este de no abandonar la casa de los que la ejercen, por lo que el:

Artículo 2.20 Es domicilio legal: Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad y custodia esté sujeto.

Los que ejercen la patria potestad pueden encargar la custodia de terceros, que pueden ser parientes o extraños, centros de educación en México o en el extranjero, etc.

"La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por mediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor."²²

3.6.3 DERECHO A NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO. En nuestro derecho los siguientes preceptos del Código Civil se refieren al rubro:

Art. 4.244. El ascendiente que ejerza la patria potestad puede nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Por lo que hace a la frase con inclusión del hijo póstumo, éste es el que nace después de la muerte del padre; para este caso el padre no puede nombrar tutor testamentario, porque mientras vivan ambos progenitores ninguno de ellos puede designarlo, y porque la madre al nacer el hijo ejercerá la patria potestad, a ella no se le puede privar de ese derecho, sólo puede excluirse del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados es decir a los abuelos.

Por lo que no tiene razón de ser la consideración al hijo póstumo en este precepto; sino que todo se debe a consideraciones históricas, que son: el Proyecto de Sierra y el de García Goyena; en ambos el padre era el único que podía designar tutor testamentario al hijo.

Para darle una explicación racional a la disposición, algunos podríamos pensar que se refiere a una facultad de la madre, para después de la muerte del marido y antes del nacimiento del hijo. La duración de la tutela en cuestión, puede ser temporal cuando sólo tenga por objeto reemplazar a un ascendiente incapacitado o ausente, en 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.

²² Montero, op. cit., p. 347

3.7 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.

3.7.1 ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MENOR.

La patria potestad en su aspecto económico. Se fundamenta en principios idénticos a los que inspiran su contenido personal.

Es un poder eminentemente proteccionista, otorgado por la ley en consideración al menor sujeto a la patria potestad; los que hasta que alcancen la mayoría de edad, podrán disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

En nuestro derecho los que ejercen la patria potestad, tienen la administración legal de los bienes perteneciente a las personas que se encuentran bajo ella:

Art. 4.208 del Código Civil para el Estado de México;

Los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ella y la obligación de realizar actos tendientes a conservar y mejorar su patrimonio.

La administración de los bienes de los hijos es una consecuencia natural de la patria potestad. Nos podemos preguntar ¿es renunciable el derecho a administrar los bienes del menor? La respuesta dependerá de si se considera de orden público o de interés privado dicha renuncia; consideramos que por el hecho de constituir un derecho inherente a la patria potestad, la renuncia no es posible al ser la mencionada institución de interés público y carácter social y al considerar la administración del patrimonio del hijo una consecuencia directa del deber de asistencia y protección.

Se podrá transmitir al menor la administración, con fundamento en el artículo 4.216 pero no a un tercero, ya que contradice la presunción de la ley, de que "nadie puede cuidar de los bienes de los hijos con igual cariño y solicitud que los padres".

Los bienes del hijo mientras se encuentre bajo la patria potestad se dividen en dos clases para efectos de la administración y del usufructo legal, que son: los bienes que adquiera por su trabajo, que pertenecen en propiedad, administración y usufructo al menor (porque se considera que si el menor tiene capacidad para adquirir bienes por su trabajo, la tiene para administrarlos y para disponer de ellos libremente), y los que adquiera por cualquier otro título, en los que la propiedad así como la mitad del usufructo pertenecen al hijo y la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad (Art. 4.211, 4.212 y 4.213 del Código Civil para el Estado de México).

En cuanto a los efectos de la administración por el menor, de sus bienes,

Art. 4.216 del Código Civil para el Estado de México establece;
Cuando por la ley o por la voluntad de quien ejerce la patria potestad el menor tenga la administración de los bienes, se le considerara respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles.

ya que el hecho de gravar o hipotecar, constituye actos de administración extraordinaria; y la enajenación va más allá de los actos de administración. Al considerársele como emancipado, éste tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales.

Para 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 Art. 4.209 del Código Civil para el estado de México.

"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."²³

La doctrina designa estos actos como actos de administración ordinaria.

El poder de administración de los que ejercen la patria potestad no es ilimitado, sino más bien restringido, ya que por un lado es sólo la facultad de administrar, no de libre disposición; y por otro, la administración misma se extiende a los actos ordinarios, excluyéndose los extraordinarios.

Se busca así, no comprometer en acto ni en potencia la composición substancial del patrimonio administrado y la conservación de los bienes; siendo los actos de disposición contrarios a ese principio.

Para corroborar lo dicho con anterioridad los siguientes artículos del Código Civil para el Estado de México se refieren a ello:

Art. 4.217. 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.

²³ GALINDO, op. cit., p. 682.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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.

Art. 4.218. Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

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

Cuando el patrimonio del menor se encuentra formado por una empresa mercantil, 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."²⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁴ DE RUGIERO, Roberto. Instituto de Derecho Civil Volumen IV. Madrid. Editorial Tecnos, 1978 p. 238

Pero no puede equipararse a un extraño o a un mandatario, porque no debemos olvidar que la relación paterno-filial y el vínculo de subordinación, hacen que se estime diversa la posición del padre.

La figura del buen padre de familia, ha sido la pauta tradicional para calificar la buena administración en la gestión de bienes ajenos. Y para el caso de mala administración la ley prevé que los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias (a instancias 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.

El artículo 4.222 del Código Civil para el Estado de México 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 y tienen la obligación de darles cuenta de su administración

Para lo que la ley no señala plazo, por lo que debemos entender que se entregarán a petición de parte interesada y siempre al terminar el ejercicio de la patria potestad.

De los dos preceptos anteriores podemos 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; de esta manera 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.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En los derechos alemán, español e italiano, se admite la exclusión del padre de la administración, en el caso en que el de cujus instituya heredero al menor y el nombre administrador para dichos bienes; en nuestro derecho nada se dice al respecto, cabría preguntarnos ¿si sería procedente aplicar lo antes dicho al derecho mexicano, con base en el artículo 6.40 del Código Civil para el Estado de México este artículo establece: El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes.

Ruggiero considera ésta una facultad grave porque se priva al padre del atributo, que sólo la ley por causas determinadas puede retirar a su titular, pero la justifica con base en el interés del hijo a quien el de cujus no dejaría tal vez sus bienes, si supiera que los administraría un padre inepto o vicioso.

3.7.2. USUFRUCTO LEGAL. La institución del usufructo legal tiene como precedente al Derecho Romano, en el que todo lo que el hijo adquiría constituía la propiedad del pater (unidad patrimonial de la familia); Constantino hace una excepción, en cuanto a los bienes que provenían de la sucesión de la madre "bona adventicia", sobre los que el pater sólo tenía el derecho de goce.

Cuando la unidad patrimonial se perdió, el usufructo legal fue el último vestigio de ella.

El Código Civil, reconoce que sobre los bienes que el hijo adquiriera por cualquier otro título que no sea por su trabajo (herencia, legado, donación, fortuna, etc.), la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad de usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. salvo que el testador o donante, en su caso, disponga otra cosa (Art. 4.213 del Código Civil para el estado de México).

De esta manera, el varón y la mujer que ejercen conjuntamente la patria potestad, se dividirán entre sí por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

Esta institución ha conservado las limitaciones objetivas que tenía en la antigüedad, pues no se otorgaba el usufructo sobre todos los bienes del hijo, sino solamente sobre los que éste adquiriría por donación, sucesión hereditaria o por cualquier otro título lucrativo.

El derecho de usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos, es de una naturaleza muy particular por su afectación familiar, como lo establecimos anteriormente; dichos ingresos quedan afectados 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.

Roberto de Ruggiero considera que debe buscarse hoy, la necesidad de otorgar al padre una compensación por los gastos y cuidados que pesan sobre él, por la manutención y educación de los hijos; en consideración de tales se otorga el usufructo, como un medio de asegurar el cumplimiento de dicho deberes.

Para Jean Carbonnier el usufructo legal se da " en contraprestación por las atenciones que les exigen su función educativa y la administración de su patrimonio. La existencia del usufructo legal configura de manera un tanto arcaica, la autoridad paterna como una titularidad lucrativa."²⁵

En el derecho vigente, los réditos o rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entre en posesión de los bienes cuya

²⁵ CARBONIER, Jean. *Derecho Civil. Situaciones Familiares y Conofamiliares*, Tomo I, Volumen II. Barcelona: Editorial Bosch p. 492

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad (Art. 4.215 del Código Civil para el Estado de México), ya que los que ejercen la patria potestad, no han realizado respecto de dichos bienes actos de administración que justifiquen el derecho de usufructo.

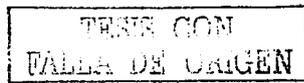
Esta disposición confirma el carácter compensatorio de la institución en cuestión.

Los que ejercen la patria potestad gozan de las siguientes obligaciones, que estatuye el artículo 4.215 del Código Civil para el Estado de México de la siguiente manera:

- El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad conlleva la obligación alimentaria y las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:
- I. Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
 - II. Cuando contraigan ulteriores nupcias;
 - III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

En principio se aplican las reglas del usufructo ordinario, 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.

Se les excluye, sin embargo, del deber de dar fianza, por la relación de parentesco con el nudo propietario, ya que el legislador concede crédito a



los que ejercen la patria potestad, por la justificada suposición de que a éstos los mueve 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.

En el derecho mexicano, los que ejercen la patria pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo; y se considera donación (Art. 4.214 del Código Civil para el Estado de México).

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 4.214 del Código Civil para el Estado de México establece:

Extinción del usufructo sobre bienes del sujeto a patria potestad, se extingue: I. Por terminación de la Patria potestad

II. Por renuncia.

En los derechos modernos, se ha establecido este derecho con el fin de mantener la solidaridad entre los miembros del grupo familiar; esto lo demuestran los Códigos Civiles de España, Italia y Portugal, que consideran irrenunciable el derecho al usufructo legal de los ascendientes.

El usufructo legal fue reprobado en el siglo pasado, calificándolo como una institución arcaica, cuya denuncia se hacía invocando los derechos de los hijos y dando a entender que la moderna concepción de la autoridad paterna se hallaba en desacuerdo con una vetusta reminiscencia del Derecho Romano y de la guarda noble.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta última es un derecho feudal por el que el custodio se subroga plenamente en el lugar del menor a efecto de exponer su vida por aquél, a cambio de lo Cual obtiene el goce del feudo con la obligación de mantener al custodiado.

La Comisión de reforma del Código Civil francés, se pronunció por la desaparición del derecho del usufructo legal, precisando sin embargo que el padre puede tomar de preferencia, sobre los bienes del hijo, las sumas necesarias para su alimentación.

En cambio la Facultad de Derecho de París, consultada sobre dicho anteproyecto, se mantiene partidaria de que permanezca el usufructo de los padres.

Henri Mazeaud considera que "hoy en día la autoridad paterna no es ya un derecho para el padre, sino una función que ejerce en interés del hijo; así pues, parece que el derecho de goce legal no sea ya sino un anacronismo. Sin embargo cabe alegar a favor de su mantenimiento.

La autoridad paterna se ejerce no sólo en interés del hijo, sino de la familia, y especialmente de los hermanos y hermanas del hijo; el derecho de goce legal debe reflejar esa idea en el terreno pecuniario al hacer al padre el propietario de los ingresos del hijo, le permite mejorar la situación de toda la familia. Aparece así como una institución igualitaria. Sobre todo, tiene la ventaja de legalizar una situación de hecho: la ausencia de rendición de cuentas por parte de los padres."²⁶

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁶ Mazeaud, Henri y otros. *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen IV Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europe - América, 1959, p. 191.

3.7.3 DURACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Para Rojina Villegas existen los actos jurídicos familiares, que son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en el estado civil de las personas. Estos pueden clasificarse en actos jurídicos privados, que son en los que solamente intervienen los particulares; como sería el caso de los esponsales y las capitulaciones matrimoniales. O también pueden constituir actos jurídicos públicos que "son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurren las manifestaciones de voluntad del parte o las partes que resulten afectadas por el acto."²⁷

Un ejemplo de estas últimas son las sentencias y resoluciones judiciales que afectan al estado civil de las personas, las que traen como consecuencia la pérdida o suspensión de la patria potestad, etc.

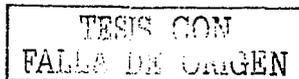
En la doctrina española, José Luis La cruz Verdejo, hace las siguientes distinciones en cuanto a la patria potestad:

Pérdida- supone extinción, no necesariamente institucional de la patria potestad, sino sólo para el sujeto que la ejerce (de manera definitiva, pero sin carácter punitivo), pudiendo subsistir en cuanto al menor, que quedará bajo la patria potestad de otro titular.

Privación. supone extinción en cuanto al sujeto que la ejerce y no en cuanto al menor, si hay quien pueda ejercerla; tiene carácter punitivo.

Suspensión. es la pérdida o privación temporal del ejercicio de la patria potestad, según tenga o no carácter punitivo.

²⁷ ROJINA, op. cit., p. 101



Modificación. Supone cualquier cambio en la titularidad o contenidos normales de la patria potestad. Puede tener lugar por:

- a). **Concentración**, que es cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; por ejemplo en el caso de muerte, ausencia o incapacidad.
- b). **Redistribución**, que es cuando el contenido normal de la patria potestad, se asigna en exclusiva por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares; como sería el caso de cambio de titular de la guardia del menor.
- c). **Alteración**, cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos.
- d). **Perturbaciones dañosas**; se dan en los casos de cambio de titular de la guarda en el supuesto de que se busque asegurar los bienes del hijo, por la peligrosa administración del padre.
- e). **Recuperación**. se da cuando existe un caso de suspensión y ésta cesa; como sería el caso en que reapareciera el ausente, o cesara la incapacidad.

En nuestro derecho, Rafael de Pina hace la siguiente distinción:

La patria potestad acaba: Cuando sin acto culpable de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir.

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.

La patria potestad se suspende. Cuando por razón de alguna incapacidad, no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a la pena que lleve consigo la suspensión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 4

SUSPENSIÓN, PERDIDA, EXTINCIÓN Y CAUSAS QUE EXCUSAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1 SUSPENSIÓN DEL DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD

El artículo 4.225 del Código Civil para el Estado de México Establece los supuestos en que la patria potestad se suspende, estos son:

- I . Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;
- II Por declaración de ausencia;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;
- IV acción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.

Las fracciones I y II suspenden temporalmente el ejercicio de la patria potestad por el tiempo que subsistan las causas; y para el caso de la fracción III, la suspensión será según el término que se fije en la sentencia.

En el supuesto de que se recupere la patria potestad es necesario la intervención judicial para que se declare que se ha recobrado el ejercicio. Incapacidad declarada judicialmente, este supuesto de suspensión del ejercicio de la Patria Potestad tiene su fundamento en la naturaleza personal de este derecho.

Según lo dispuesto por el artículo 4.225 del Código Civil para el Estado de México establece: al ser declarado incapaz uno de los sujetos que se encuentre encargado de ejercer la Patria Potestad, el derecho a ejercerla pasará al ascendiente que corresponda conforme a la ley, y a falta de quien la ejercite, se proveerá al menor de un tutor, que de acuerdo al artículo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.260 del mismo ordenamiento será la misma persona que desempeñe la tutela sobre el ascendiente incapacitado.

"La ausencia declarada en forma como causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad al igual que la incapacidad, encuentra su razón de ser en la naturaleza personal que entraña su ejercicio, pues aún cuando exista persona que represente al ausente, el derecho a ejercitar la patria potestad se le suspenderá para corresponder al ascendiente que conforme a la ley haya de sustituirlo".³⁰

En lo personal, consideramos incorrecta la causa tal como esta enunciada en el artículo 4.226, pues la suspensión del derecho a ejercitar la Patria Potestad es consecuencia de las medidas provisionales y no de la ausencia declarada en forma.

La tercera de las causas de suspensión de la Patria Potestad por los términos que en su enunciación utilizó el legislador, debe entenderse limitada a sentencias de tipo penal.

También debe considerarse motivo de suspensión del ejercicio de la Patria Potestad para el o los cónyuges culpables, incurrir en alguna de las causales de divorcio que establecen en las fracciones X, XI, XII, XIII y XIV del artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México.

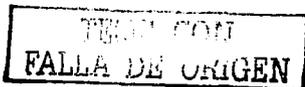
De acuerdo al artículo 4.226 del Código Civil para el Estado de México.

La Patria Potestad no es renunciable, pero a quienes

corresponde ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando se tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado salud no se pueda atender debidamente a su desempeño.

³⁰ GALINDO, op. cit., p. 673.



En nuestra opinión este último motivo de excusa, no hace perder el derecho a ejercerla, sino que únicamente lo suspende pues al igual que la incapacidad, consideramos que el mal estado de salud puede ser transitorio y por consiguiente al cesar, se recupera la aptitud para ejercitar la patria Potestad.

Por último tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio que hayan sido reconocidos por ambos progenitores, se deben tomar como causales de suspensión del derecho a ejercer la patria potestad, el convenio de los progenitores en que se determine cual de ellos continuará ejerciéndola o en su defecto la determinación del juez de lo familiar al cesar de vivir juntos los padres.

4.2 PERDIDA DEL DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

La pérdida del ejercicio de la Patria Potestad consiste en la extinción del derecho a ocupar tal cargo y puede ser consecuencia de un acto propio del sujeto que pierde el derecho o bien de otro de los ascendientes que son llamados a ejercer la Patria Potestad.

El artículo 4.224 del Código Civil para el Estado de México.

Reconoce que:

La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso grave;
- II. Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la Patria Potestad malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda y custodia por mas de dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito”.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con referencia a la persona que la ejerce, es una forma de extinción relativa, porque la institución no desaparece, sino que la pierde quien la ejerce, a manera de sanción.

En la fracción primera del precepto transcrito, el termino delito doloso grave, es sumamente impreciso, ya que un mismo tipo de delitos puede constituir una mayor o menor gravedad según el criterio que se siga.

Por lo que se refiere a la fracción II del artículo en cuestión, la SCJN ha sustentado la tesis que a continuación transcribimos: **"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, PARA DECRETARLA POR INCUMPLIMIENTO EN LA MINISTRACIÓN DE ALIMENTOS, ESTE NO DEBE SER TOTAL".**

No es correcto sostener que para que opere la causal de pérdida de la patria potestad, el abandono de los deberes debe ser total y no parcial, pues evidentemente, la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza, que no puede quedar supeditada a eventualidades de ninguna clase, ni a un cumplimiento parcial, de modo que el incumplimiento de la obligación de proporcionarlos es en sí mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien debe recibirlos, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos.

En tales condiciones son infundadas las consideraciones de que no se acredita la causal de pérdida de la patria potestad cuando no hubo abandono de los deberes en forma total por el padre para con su hijo, porque se acredita que aunque haya sido sólo en algunas ocasiones sí pagó la pensión y se preocupó por la salud de su hija, pues de admitirse estos razonamientos, se llegaría a autorizar, con independencia de la conducta del que realiza el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir la ley.

Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para padre incumplido, es muy grave, peor no es menos la situación en que éste coloca al hijo, cuando desatiende en su subsistencia, aun cuando sea parcialmente."

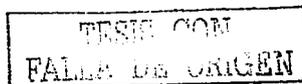
Amparo Directo 3337/87. Rafael Antonio Monje 12 de noviembre de 1987. 5 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante (7a Época, volumen 217-228, p. 239).

De una manera general, por lo que se refiere a las causas de pérdida de la patria potestad, la SCJN ha sustentado la siguiente tesis:

"PATRIA POTESTAD PERDIDA DE LA

La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres, y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible se surtirá su procedencia; sin que pueda aplicarse por analogía o por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores (informe 1978, núm. 108, p. 71).

Antes se perdía también la patria potestad por causa de divorcio, Siendo un gran logro; ya que las consecuencias del divorcio son Plenas en cuanto a las personas de los cónyuges y aunque indirectamente tiene implicaciones para los hijos, la ley no debe inmiscuirlo con la pérdida de tan preciado derecho hacia uno de los progenitores.



José A. Villalobos Magaña, supone que también son causas de la pérdida de la patria potestad:

La excusa de su ejercicio por la edad (art. 4.226 fracción I del Código Civil para el Estado de México).

El nombramiento de tutor testamentario hecho por el sobreviviente de los padres, para el hijo sobre el que ejerza la patria potestad (art. 4.244 del Código Civil para el Estado de México).

En los casos de adopción, el consentimiento en sentido afirmativo de quien la ejerza, hace perder a los demás el derecho a ejercerla (art. 4.185 del Código Civil para el Estado de México fracción I)).

Y por último para los encargados de ejercer la Patria Potestad sobre los menores nacidos de matrimonio, el colocarse en algunas de las causales de divorcio establecidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VI, IX, XIV y XV del artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México.

Las causas de pérdida del derecho a ejercer la Patria Potestad que son originadas por el acto no propio, son de dos tipos, pues una de ellas únicamente es posible de ser realizada por los padres y la otra por el ascendiente que se encuentre ejerciendo la Patria Potestad, bien sean los padres o alguno de los abuelos.

Perdida de la patria potestad por sentencia;

**Artículo 4.224 del Código Civil para el Estado de México,
La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos**

- I. Cuando el que la ejerza es condenado por un delito doloso grave;**
- II. Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda u custodia por más de**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito.

El único efecto extintivo de la adopción es en relación con la patria potestad y al ser requisito indispensable el consentimiento de quien ejerza la Patria potestad sobre el menor para llevarse a cabo la adopción de acuerdo a la fracción I. del artículo 4.185 el consentimiento en sentido afirmativo de quien ejerza la Patria Potestad para la adopción del menor, hace perder a los demás el derecho a ejercerla.

4.3 CONCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Bajo este rubro se enmarca la conclusión del derecho a ejercer la Patria Potestad.

Art. 4.223 del Código Civil para el Estado de México.

I. La patria potestad se acaba:

II. Con la muerte del que la ejerce;

III. Con la emancipación derivada del matrimonio;

IV. Por la mayor edad;

V. Por la adopción simple.

Sobre la emancipación se tiene una concepción diversa a la que se tenía en el Derecho Romano, donde era un medio de extinción de la patria potestad (útil en una legislación donde el poder paterno subsistía indefinidamente mientras viviera el padre), hacía sui iuris al hijo, más seguía sometido a la tutela si era impúber o a la cúratela si era púber.

Antes, la emancipación era considerada un medio de salir de la patria potestad y de extinción de las instituciones protectoras (patria potestad y tutela); la emancipación podía ser otorgada por concesión de los padres o tutores del menor, por propia iniciativa o a la solicitud del hijo o del pupilo,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuando se probara la buena conducta y aptitud del menor para la administración de sus bienes.

Aplicable a esta es la definición que Colín y Capitant dan de la emancipación, como: "un acto solemne o un beneficio de la ley, que tiene como consecuencia liberar al menor de la patria potestad o la tutela y conferirle, juntamente con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, si bien restringida a la pura administración de su patrimonio."²⁹

Las dos formas de emancipación, que abarcan la extinción de la tutela, fueron suprimidas en virtud de que no corresponden a la naturaleza de la patria potestad y de la tutela; cuyo desempeño lo impone la ley como un deber, que tiene que cumplirse por causa de interés público.

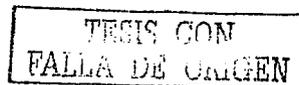
El matrimonio produce la emancipación de derecho; ya que siendo el matrimonio el fundamento de la familia, los cónyuges asumen los derechos y obligaciones, deberes y facultades que la ley les confiere.

Es jurídicamente necesario otorgar al menor la capacidad de ejercicio necesaria para cumplir con los fines del matrimonio.

Así la emancipación es un estado intermedio entre la incapacidad del menor no emancipado y la libertad absoluta de que goza el mayor de edad, evitándose un tránsito brusco.

Aunque el Código Civil no se refiere expresamente a la extinción de la tutela por emancipación; debemos entender que por identidad de razón debe hacerla cesar, en la misma manera que extingue la patria potestad; además se desprende de la lectura del artículo 4.322 del Código Civil del Estado de México.

²⁹ CASTAN, op. cit., p. 58.



Art. 4.322 La tutela se extingue:

I.- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;

II. Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción.

Las legislaciones más modernas como la alemana y la Suiza, han prescindido de esta institución, sustituyéndola por el beneficio denominado declaración de mayoría, que no implica un estado intermedio, sino un reconocimiento de la capacidad completa.

A las cuales agregaría el fallecimiento del menor.

La cuarta causa extintiva de la Patria potestad enunciada por el legislador es la muerte de quien la ejerza si no hay otra persona de las llamadas por la ley con derecho a ejercerla.

También debe considerarse causa de extinción de la patria potestad, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre sobreviviente para su menor hijo, pues dicho acto no solo extingue el derecho del resto de los ascendientes con posibilidad de ejercerla, sino también tiene como consecuencia la extinción de la Patria Potestad.

4.4 CAUSAS QUE EXCUSAN SU CUMPLIMIENTO.

La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse; ya sean los que tengan sesenta años cumplidos o los que tengan un mal estado habitual de salud; por lo que no pueden atender debidamente a su desempeño (art. 4.226 del Código Civil del Estado de México).

CAPITULO 5

5.1 CONSIDERACIONES PERSONALES SOBRE EL TEMA E INNOVACIONES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne a la manutención y educación de los hijos.

Los atributos de la patria potestad otorgan derecho a las funciones siguientes: educación y corrección, al juicio legal de los bienes del menor, a la administración legal, al derecho de tutela legal, al derecho de consentir en el matrimonio y en la adopción y al derecho de la emancipación del hijo.

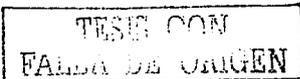
También comprende el derecho antes de la muerte de los padres para designar un tutor testamentario.

El derecho a reclamar la nacionalidad para los hijos.

Los primeros derechos son en realidad una función y los últimos son de carácter subjetivo es decir, prerrogativas atribuidas a los padres como un derecho de escoger la orientación moral, intelectual profesional que será dada al menor. siendo como es la educación función capital de la patria potestad.

5.2 LA PATRIA POTESTAD ES DE ORDEN PUBLICO; es relativa y se establece en interés del hijo.

Se dice que es de orden publico pues fuera de la autonomía de la voluntad constituye en efecto una de las bases de la familia y forma parte integrante del estado de las personas; no podría pues ser ampliada y reducida por voluntad de los interesados, sobre todo no puede ser objeto de adjudicación por parte del padre.



Esta fuera del comercio la patria potestad, por las razones mismas que le confieren el carácter de orden público. Quien la detenta no puede hacer de ella moneda de cambio, cederla, ni en su totalidad ni en parte, ni en uno ni en otro de sus atributos.

El interés de esta comprobación aparecerá sobre todo con ocasión de uno de sus atributos: la capacidad del goce legal; el derecho del goce no puede ser vendido, hipotecado, ni embargado por los acreedores; Por otra parte, no podría el padre renunciar por adelantado y por una cláusula del contrato de matrimonio, la confesión religiosa a la cual pertenecen los hijos, pues tal cláusula sería radicalmente nula, como contraria al orden público.

5.3 ES UN DERECHO RELATIVO CONCEDIDO Y DISPUESTO EN INTERES DE LOS HIJOS, NO DEL PADRE. Con esta proposición se acerca a la esencia íntima de la patria potestad, a su espíritu, a su función y al objeto en vista del cual ha sido instituida.

La potestad llamada paterna, no pertenece exclusivamente al padre; la madre está igualmente investida de ella, esta potestad no es perpetua; instituida en interés del hijo; pues termina el día en que este pueda prescindir de ella, al llegar a la mayoría de edad o cuando sea emancipado.

"Esta potestad no es intangible, pues el padre no está investido de funciones inamovibles; en los casos extremos, si maltrata a los hijos, si les da ejemplos perniciosos si los abandona material o moralmente, puede ser privado por los tribunales, de todas o parte de sus prerrogativas; puede perder la patria potestad íntegramente o bien en lo que concierne a alguno de sus atributos esta sujeta a una regulación judicial".³⁰

³⁰ FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis: El Derecho de Familia en la legislación comparada. Ed. Hispano-Americana. México 1997. Ob. Cit. Pág. 277.

La patria potestad debe ejercerse en interés del hijo, los actos por los cuales se afirma, deben responder al pensamiento de la ley, no solamente en si mismos sino también si se consideran en su origen y en su objeto en los móviles que los han inspirado y en su finalidad; toda la institución de la patria potestad esta impregnada del concepto del exceso de derechos que viene a flexibilizarla, moralizarla, marcándola con el signo de un altruismo saludable y por encima de el, en interés de la familia.

Debemos concebir a la patria potestad, no como un conjunto de derechos y prerrogativas del padre, sino fundamentalmente como el cumplimiento de un deber, a la luz del cual se le asigna la responsabilidad de llevar a cabo su misión atendiendo a un interés primordial el del hijo que tiene a su cuidado.

En lo concerniente a la relación paterno filial se procura que a pesar del divorcio ambos progenitores mantengan un intenso contacto con el niño. Habida cuenta de que la figura paternal es indispensable para la formación, corrección, vigilancia y educación de aquél.

De todo esto se puede deducir que la patria potestad esta lejos de ser un poder absoluto, pero que por llevar consigo cargas y obligaciones, presenta el aspecto de una relación jurídica bilateral, así se comprende que la terminología adoptada en el código sea discutida.

La autoridad paterna pertenece conjuntamente al padre y a la madre así se asegura la unidad de dirección que es altamente deseable; la autoridad paterna es común a los padres en cuanto a la posesión, constituye el monopolio de los padres en cuanto a su realización; la madre puede dirigirse a los tribunales para obtener bien la pérdida de la patria potestad

TESIS CON
FALLA DE CIRCUN

contra su marido, o bien sin recurrir a tan grave medida, las que son propias para salvaguardar los intereses de los hijos.

5.4 TENENCIA. El significado de esta expresión es por demás elocuente ocupación y posesión actual y corporal de una cosa.

Pero he aquí que los niños, lo dijo ya la Suprema corte, son sujetos y nunca objetos de derechos de terceros, a lo que cabe agregar los derechos que se les reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros tratados internacionales, todos con jerarquía constitucional, es decir, sí coincidimos en que el hijo (que no ha alcanzado la mayoría de edad), aunque más pequeño, es un igual al adulto en dignidad y derecho, mal podemos hacer alusión a su tenencia en la medida en que constituye un semejante y no un minusválido que hay que rehabilitar.

La patria potestad se ejerce sobre todos los hijos legítimos menores de dieciocho años y no emancipados; no hay que distinguir, en cuanto al principio, por la razón de la situación de familia del hijo: como ya lo indicamos la patria potestad sobrevive a la desaparición de uno de los progenitores del hijo; es ejercida entonces por el sobreviviente, no en calidad de tutor, sino en su condición de padre o madre.

5.5 CONSIDERACIONES PERSONALES. Consideramos que si la patria potestad es derecho del padre y de la madre, se debe sancionar a quien haga uso exclusivo de este derecho en perjuicio de su cónyuge, porque en nuestra sociedad se da con frecuencia el abuso del marido hacia la mujer de restringir el derecho a la patria potestad que esta tiene sobre su(s) hijo (s), usando el uso de la fuerza física, moral o psicológica que practica sobre ella, debido al machismo social que aún en nuestros días se da con mucha frecuencia, no obstante existen casos que debido al carácter débil del hombre, la mujer también abusa restringiendo este derecho al marido.

"Una cuestión interesante se presenta en la hipótesis en que un progenitor por sí, sin acuerdo del otro, provoca por las vías de hecho incluso transgrediendo convenios judiciales una situación de statu que, al lograr que el hijo común permanezca junto a él un tiempo más o menos prolongando. Algunos pronunciamientos han sostenido que no corresponde darle trascendencia al tiempo transcurrido cuando en forma arbitraria y por actos unilaterales se ha organizado una convivencia"²¹.

Cuando los padres sostienen posiciones distintas con relación a los hijos, ninguna duda cabe de que entablada la confrontación corresponderá a los jueces decidir el agravio.

Pero el problema se presenta cuando la madre es privada injustamente del derecho de ejercer la patria potestad de sus hijos por su cónyuge y acude a las instancias correspondientes, es decir ante el órgano jurisdiccional (Juez de lo Familiar), quien, previo juicio que se inició con la etapa postulatoria, probatoria, preconclusiva y sentencia; imparte justicia ordenando que el menor sea restituido a la madre; sin embargo es obvio que el cónyuge varón quién se conduce de mala fe, sea asesorado por abogados para que lo patrocinen y lo defiendan, quienes valiéndose de la flexibilidad de la ley y los recursos que esta confiere, al tener un fallo en su contra, apela a la resolución y cuando los magistrados confirman la sentencia en el toca de la sala correspondiente Interponen un juicio de Amparo y si en el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente se lo niegan, es probable que en ultima instancia, impugne esta resolución interponiendo el recurso de Revisión; por lo que una vez pasado por todo este proceso, ala cónyuge inocente se le hace justicia por fin, no obstante a transcurrido más de un y ésta a perdido tiempo, dinero, y ha tenido un desgaste físico y emocional,

²¹ FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis: . Ob. Cit. Pág. 279.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quizás también su salud se ha visto disminuida seriamente, sin contar con la pérdida del cariño de su hijo (a) que en el tiempo que estuvo ausente de su madre tiene como consecuencia que ahora la vea de cómo una extraña.

Consideramos además que debido a la condición humana de el órgano jurisdiccional, llámese Juez, Magistrados de la sala, o del Tribunal Colegiado de Circuito tratándose del Juicio de Amparo directo, la impartición de justicia aun es falible y se dan con frecuencia casos en los que la resolución es injusta en perjuicio del cónyuge inocente, presentándose casos de verdadera injusticia e impunidad; pues debido al equivocado fallo; el cónyuge abusador en lugar de tener un castigo, por haberle restringido el derecho de la patria potestad a su cónyuge, pues se condujo con falsedad en el juicio y por haber manipulado a su conveniencia la flexibilidad de la ley, obtiene en su favor el Amparo y Protección de la Justicia Federal, como premio a su doloso proceder.

La interrogante es la siguiente, ¿quién le va a resarcir ese daño psicológico económico, moral, y de salud al cónyuge inocente?

Consideramos que debe pugnarse por un sistema de coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad como sistema dual de dirección de la familia, se trata de un deber jurídico, de atender la formación, corrección y vigilancia de los hijos .

La ley dispone que separados los esposos por sentencia firme los hijos menores de cinco años quedaran a cargo de la madre, salvo cargas graves que afecten el interés del menor.

En la gran mayoría de los casos la disposición vigente será utilizada por el juez cuando los cónyuges no se hayan puesto de acuerdo sobre la guarda de sus hijos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En los primeros tiempos de la vida sobre todo durante la lactancia son fundamentales los cuidados y atenciones de la madre debido al alto grado de indefensión primaria y biológica de los pequeños.

Estamos ante intereses de terceros (los hijos), que comprometen al juez a resguardarlos debidamente, para lo cual deberá tener el convencimiento moral respecto de que la solución acordada entre las partes es la más conveniente para los niños afectados.

Suponemos que los hijos mayores de cinco años a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo.

En esa inteligencia, la función judicial en este terreno es supletoria, en el sentido de que el tribunal decidirá sólo en caso de conflicto.

Ahora bien, mediando disenso entre los progenitores, el criterio básico para la asignación de la guarda de los hijos mayores de cinco años consiste en dar con el cónyuge más apto para desempeñar las labores cotidianas, exigidas por el mantenimiento y la educación del niño que todavía no es autónomo.

La doctrina y jurisprudencia estiman conveniente aplicar el principio de unidad filial una vez separados los esposos, esto es, dejar al cuidado de un solo cónyuge todos los hijos del matrimonio roto, incluso esta regla ha recibido en el derecho comparado consagración legislativa, tal como sucede con la ley española y el Código Civil francés .

Por supuesto que ese criterio está lejos de ser absoluto y exige una aplicación cautelosa a los supuestos concretos, pues si se impone como pauta objetiva rígida, se corre el riesgo de adoptar soluciones perjudiciales para el niño; por ejemplo, si sobre la base de proclamar la unión fraternal se mantiene a un hijo en un medio hostil y altamente conflictivo o, a la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

inversa, cuando la aplicación del principio de tenencia única conlleva un desarraigo del niño, apartándolo de su medio habitual .

También, si tras un desmesurado aferramiento a la mencionada regla, no se tienen en cuenta las necesidades de cada hijo, sus opiniones o deseos.

La regla de la estabilidad desempeñará un papel primordial para decidir a cuál de los progenitores se ha de conferir la custodia de los hijos.

"El modelo apunta a que con la asignación respectiva no se infrinja la continuidad efectiva, espacial y social del niño, para ello será conveniente, en principio, no variar su lugar de residencia, la escuela a la cual concurre, los lugares de encuentro, etc, es decir, mantener el entorno social y cultural del hijo, sin que en lo posible se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengan desplazamientos bruscos de un medio a otro"³².

Lo que hace a la correcta formación del niño que éste mantenga un adecuado contacto con sus parientes (ascendientes, hermanos y afines en primer grado), sin que pueda invocarse de manera discrecional atributo alguno del progenitor para frustrar la comunicación.

Otros precedentes, tal vez más cautos, tuvieron en mira sólo el interés del niño afectado, pese a señalar que es lamentable que se haya violentado el estado de derecho recurriéndose en el caso a la vía de hecho, pero tal situación aconteció y fue permitida por la jurisdicción que no puso coto de inmediato a la misma y también por el propio recurrente, que frente a la gravedad del cuadro planteado no hizo uso de la vía recursiva pertinente.

El tribunal debe optar por resguardar el interés concreto del niño involucrado antes que restablecer el orden jurídico quebrantado.

32 FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis; . Ob. Cit. Pág. 201.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El mayor acercamiento con los niños que conlleva la guarda alternada haría que ambos padres estuvieran más al tanto de las diarias necesidades de sus hijos, obteniendo una mayor consubstanciación con éstos, por otra parte, el sistema permitiría una actuación más pareja y equitativa de cada padre, al aligerar las cargas que pesan sobre el guardador, en fin, esta modalidad se compadecería más con el intercambio de roles propio de época actual.

La guarda alternada no debe ser mirada desfavorablemente cuando los hijos han adquirido madurez suficiente (doce o trece años).

Aquí se presentan menos problemas y habrá que considerar, sin preconceptos, cada caso en particular y la situación específica del niño afectado, que no tiene que ser necesariamente igual a la de otro niño de la misma edad envuelto en similar trance.

5.6 EJERCICIO COMPARTIDO DE LA PATRIA POTESTAD: Aunque se presenten dudas acerca de la conveniencia de la tenencia alternada ello no significa propiciar que producido el divorcio, los principales deberes emergentes de la relación filial (educación y formación del niño) quedan a cargo de uno solo de los padres.

Es una referencia positiva que al progenitor no guardador le asista el compromiso jurídico de participar activamente en todas las decisiones respecto del hijo y es verdad que ello estimula su responsabilidad como padre lo predispone a una mayor colaboración y contribuye a un mejor desarrollo del niño, pero para este objetivo no es indispensable acudir a una distorsión de los conceptos; basta en síntesis que la pareja pacte un ejercicio compartido de la patria potestad sin perjuicio de mantenerse la residencia del hijo común junto a uno de sus progenitores, el sistema de ejercicio compartido era capaz de funcionar en ambos casos previendo que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lo actuado por uno hacia presumir la conformidad del otro, en los supuestos de divorcio o separación, sin duda hubiera constituido un estímulo normativo para ser efectiva la triangulación, tan necesaria para la formación del niño a través de una participación más activa del progenitor que no tiene la guarda del hijo.

Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva sin embargo el juez a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

5.7 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD CONJUNTO DE LOS PADRES. El ejercicio conjunto de ambos padres de la patria potestad, con presunción de que los actos ejecutados por uno son consentidos por el otro es el más conveniente para los hijos pues pretende mejorar el bienestar y educación.

En otras palabras admitir el ejercicio compartido de la patria potestad preserva el fin querido, ya que resulta más beneficioso para el niño que los asuntos que le conciernen se adopten según el criterio de ambos ascendientes .

El desmembramiento de la guarda como consecuencia del divorcio comporta que uno de los padres quede excluido de la tenencia del hijo, precisamente para compensar de algún modo la privación de la custodia, se le confiere a este progenitor el denominado régimen de visitas.

El padre no custodio tiene derecho de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación, así mismo tiene la posibilidad de que la demanda conjunta de divorcio contenga acuerdos sobre el régimen. de visita de los hijos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por ultimo el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del niño dispone que: Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

El estrecho vinculo que la Ley procura entre el hijo y el progenitor no guardador se fundamenta en que el contacto de ambos padres con el niño es de fundamental importancia para la estructuración psíquica y moral de éste: evita la disgregación del núcleo familiar, ya que a pesar de la separación de los cónyuges subsiste el lazo de parentesco y la generalidad de sangre.

En principio, no debe considerarse idóneo al padre que aspira a que se le confiera la custodia del hijo si incurre en un doloso incumplimiento alimentario o, al menos, evidencia culpa grave; con acierto se puntualizó la incorrección y falta de ética de tal provecho.

5.8 REGIMEN DE VISITAS Lo habitual es que el contacto no se cumpla en el domicilio del progenitor a cargo de la guarda por lo general se lleva a cabo en el domicilio del otro de paso digamos que es improcedente la exigencia de que la comunicación se desarrolle en un lugar publico, claro está que habrá situaciones excepcionales (enfermedades o temores del niño etc.) en los cuales el acercamiento se efectuará en la residencia del progenitor guardador quien deberá proporcionar el mayor aislamiento posible para que el padre, o en su caso la madre y el hijo puedan conectarse con la intimidad deseada no es aconsejable que las visitas tengan lugar donde reside el niño si la relaciones entre los padres no son cordiales esos encuentros conllevan el riesgo de provocar escenas desorientadoras para el menor que convendría soslayar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La jurisprudencia a sostenido que la comunicación entre el padre excluido de la guarda y sus hijos reviste los caracteres de inalienable e irrenunciable pues tiende a la conservación y subsistencia de un lazo familiar y afectivo.

Dado que la suspensión de la comunicación ha de impedir al progenitor ejercer el control sobre el régimen educacional de sus hijos, y priva a éstos del afecto de aquél, la regla a aplicar es que únicamente cabrá disponer la medida cuando la continuación del contacto represente un evidente perjuicio para el niño.

Se ha dictaminado que, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay que atenerse a la opinión del propio hijo para decidir acerca de la concreción del régimen, ya que éste no es más un objeto de las visitas, sino un sujeto en la plenitud de sus derechos.

Se ha sentenciado que a una edad temprana el entendimiento del infante no alcanza a percibir los beneficios del vínculo paterno filial.

Por eso, si bien no hay que pasar por alto la voluntad del niño, cabe realizar un necesario análisis para comprobar cuándo la negativa al contacto con su padre o madre es espontánea, inducida o justificada, y si la cuestión obedece a pura subjetividad o se conecta con hechos de real entidad.

El órgano judicial recibirá con cautela las denuncias en las que se sostengan los malestares físicos o psíquicos que se producen en el niño a causa de las visitas, sobre todo porque en más de una oportunidad se estará ante reacciones que no tienen su origen en un rechazo del hijo a su progenitor.

Hubo pronunciamientos que dispusieron la suspensión provisoria de las visitas, a raíz de la traumatización psíquica que padecía el pequeño al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Entablarse la comunicación con el padre, pero reiteramos que el criterio general vigente es que, salvo casos muy graves debidamente comprobados, no resultarán convenientes ni siquiera las suspensiones provisorias, al menos mientras no se cuente con un dictamen de especialistas que las aconsejen.

Asimismo, siempre el tribunal podrá echar mano a la designación de asistentes sociales, para tener un informe objetivo y prevenir que el niño se vea envuelto en posibles situaciones de riesgo o que afecten su equilibrio emocional.

En principio, no debe considerarse idóneo al padre que aspira a que se le confiera la custodia del hijo si incurre en un doloso incumplimiento alimentario o, al menos, evidencia culpa grave.

Con acierto se puntualizó la incorrección y falta de ética de tal provecho.

En este sentido se dijo en un caso, que nada impide al padre que no pasa alimentos que visite y frecuente a su hijo, ya que el derecho de visitar es un deber de tener trato con el.

Empero, si el actor pretende que el órgano judicial imponga el respeto a su derecho de comunicación, exigiendo que haga efectivo el régimen, tendrá que acreditar al mismo tiempo su adeudo, cumplimiento a la prestación alimentaria.

Ello así, porque es contradictorio que se recurra a los jueces para pedir garantías al ejercicio de los derechos y a la vez, sustraerse de sus decisiones para el cumplimiento de sus deberes.

En suma, que no se ordena formalmente la suspensión del régimen, mas paralelamente se le niega al padre no custodio el recurso jurisdiccional para hacer efectivo su contacto con el hijo, en tanto no acredite haber cumplido con sus compromisos alimentarios.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el vínculo padre e hijo la suspensión de la comunicación sólo procede en circunstancias muy excepcionales de particular gravedad, que serán compulsadas por el juez con criterio riguroso, en la hipótesis de los contactos con otros familiares, la evaluación se efectuará con una perspectiva más amplia, vale decir que se sopesara con equilibrio, tanto la posición del pariente que requiere las visitas como la del progenitor que se opone a ellas, esta confrontación será decidida por el tribunal contemplando en primer lugar lo que más convenga al interés del niño.

Así como habrá situaciones en las que el juez desechara la oposición parental a las visitas, al estimar que no responde al verdadero interés del hijo, habrá otras en las que la resistencia se considerara justificada.

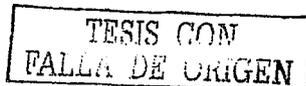
5.9 COMUNICACIÓN DEL NIÑO CON OTROS PARIENTES O TERCEROS

La doctrina y jurisprudencia entienden que la comunicación con el niño no se limita sólo a los parientes, se extiende también a otros familiares (como tíos y primos), y aun a terceros que no se encuentran vinculados con el niño por parentesco alguno.

En el derecho comparado, el artículo 161 del Código Civil español establece que "no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados", se confiere al juez la facultad de acordar en situaciones excepcionales un derecho de correspondencia o de visita a otras personas parientes o no.

La doctrina extranjera también se pronuncia en el sentido indicado.

Desde luego, la amplitud de la facultad del tribunal en este punto, podrá llevar a rechazar el pedido cuando el contacto sea considerado perjudicial para el niño.



La patria potestad sólo se pierde mediante resolución judicial, ya sea que quien la ejerza sea condenado expresamente a perderla; que esa persona cometa un delito en contra del menor, o que sea condenado dos o más veces por un delito grave, independientemente de quien resulte ser víctima de esos ilícitos penales.

En lo referente a la adicción del artículo 444 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, obedece a las necesidades de limitar el ejercicio de la patria potestad en los casos en que la violencia familiar se cometa en contra del menor.

Artículo 444 bis del Código civil para el Distrito federal
La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación , tomando en cuenta lo que dispone este Código.

De las diversas formas en que se puede presentar la violencia familiar y quizá entre las más graves, están la exposición y el abandono de menores. Por ello, se define cada una de esas figuras y permite que las Instituciones encargadas de recibir a los expositos y abandonados puedan actuar de una manera mas expedita en lo relativo a su representación.

En este sentido es que los artículos 492, 493 y 494; así como del artículo 1316, del Código Civil para el Distrito Federal, precisan que los ascendientes que abandonen, prostituyan o corrompan a sus descendientes, quedarán incapacitados para adquirir por testamento o por intestado respecto de los ofendidos.

Algunos antecedentes jurisprudenciales nos recuerdan el uso de la fuerza pública, tales como el allanamiento de la casa del padre para permitir la visita de la madre.

Por su lado, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (25/9/97) estimaron que ante el incumplimiento de los deberes familiares, la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legislación debe estructurar sanciones que aseguren la efectiva concreción de los mismos, autorizando a los jueces la aplicación de las sanciones reglamentadas que se adecuen a las circunstancias de las personas involucradas en aquellas situaciones.

Así mismo en lo que hace al tema específico que nos ocupa, recomendaron que cualquier obstrucción o incumplimiento injustificado al régimen de visitas debe ser sancionada.

Sin embargo, el enfoque tendrá que ser diferente cuando el padre de sangre excluido de la guarda no ha declinado de sus deberes.

En estos supuestos las dificultades serán mayores, en razón de que se operará una concurrencia de funciones, las del progenitor biológico, por un lado, y las del padre afín, por el otro.

Sobre el punto, coincidimos en general con los lineamientos elaborados por la doctrina, de los cuales nos interesa destacar en especial los siguientes:

"De plantearse discrepancias, si los protagonistas no logran una solución extrajudicial, deberá aplicarse por vía analógica, para que el juez resuelva lo más conveniente para el interés del hijo".³¹

En la hipótesis de un divorcio, el progenitor conviviente continuará ejerciendo la guarda del hijo, salvo circunstancias excepcionales que influyan en interés del niño.

El juez resolverá de conformidad a las circunstancias del caso y de acuerdo con los criterios desarrollados por la doctrina respecto de la asignación de la guarda.

La institución de la patria potestad, que ya no tiene obviamente perfiles romanistas, sino que, por el contrario, se le interpreta como una verdadera

34 KIPPY y WOLF: *Enciclopedia de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona 1992, Ob. Cit. Pág. 43

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

función social que los padres tienen el deber de desempeñar tan pronto se advierta que los constituyen la humanidad en ascenso.

Está fuera de discusión que es en la familia donde se cumple la actividad específica de socializar a las nuevas generaciones, en virtud de lo cual los padres gozan de una reconocida libertad para elegir los medios apropiados para llevar a cabo su misión.

Así las cosas, la conclusión necesaria es que se opera una suerte de convergencia de incumbencias en un nivel funcional entre el Estado y la familia.

5.10 PROPUESTAS DE REFORMA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Veamos que dice la ley al respecto:

Jerárquicamente notemos que establece nuestra:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al respecto en su Art. 4º. Párrafos: 7º, 8º y 9º. 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 coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

El Código Civil Vigente, para el Estado de México entre otras cosas establece:

Respeto y consideración entre hijos y ascendientes;

Artículo 4.201 Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ESTA TESIS NO CALE
DE LA BIBLIOTECA

Personas sobre las que se ejerce la patria potestad.

Artículo 4.202 del Código civil para el Estado de México.

La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Aspectos que comprende la patria potestad.

Artículo 4.203 La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

Personas que ejercen la patria potestad.

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

I. Por el padre y la madre.

II. Por el abuelo y la abuela maternos.

III. Por el abuelo y la abuela paternos.

Tratándose de controversia entre los abuelos, el Juez decidirá, to mando en cuenta los intereses del menor.

La patria potestad en caso de separación de la pareja que la ejerce.

Artículo 4.205 En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. Quién no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

El artículo 266 del Código Civil Abrogado, para el Estado de México entre otras cosas establecía:

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes.

Fracción VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos.

En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propon

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

drá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

El juez previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.

Artículo 399 del Código Civil Abrogado para el Estado de México.

Establecía "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuarán ejerciendo la patria potestad en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

El Código Civil vigente establece:

La patria potestad en caso de separación de la pareja que la ejerce.

Artículo 4.205 En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

Consideramos que la reforma a este artículo es incompleta, y que debió haber quedado en los siguientes términos.

Artículo 4.205 En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Quién no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

La restricción que haga un cónyuge al otro de ver a sus hijos, se sancionara en términos del Art. 263 del Código Penal.

Así también proponemos modificar el Art. 263 del Código Penal para el Estado de México.

Art. 263 del Código Penal para el Estado de México Al padre o la madre que se apodere de su hijo, menor de edad, o familiares que

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quién legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Consideramos que se debe reformar este artículo porque suele suceder que el padre del (a) menor, quién ejerce la patria potestad, goza de este derecho y por tanto abusa y conduciéndose de manera dolosa, restringe este derecho a su cónyuge, privándole injustamente de la convivencia familiar, y imposibilitando los cuidados que solo la madre le puede dar.

Hacemos esta sugerencia, proponiendo esta reforma al:

Art. 263 del Código Penal para el Estado de México. Al padre o la madre que abusando de la patria potestad y la custodia, se apodere de su hijo menor de edad, o restrinja la patria potestad a su cónyuge o concubina, impidiéndole el derecho de ver a sus hijos sin justa causa, y familiares que participen en el apoderamiento, privando de este derecho a quién legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

No se requiere un trámite judicial previo en materia civil, de modo que la justicia penal puede intervenir directamente ante la denuncia del impedimento de este contacto.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como en otras legislaciones se regula: (Código argentino) El artículo 1º de la ley 72 del Código Penal, reprime con prisión de un mes a un año al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruye el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, pena que se elevará de seis meses a tres años si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"El artículo 2º de la ley 24. 270 (Código argentino) dispone que se incurrirá en las mismas penas si para impedirse el contacto del niño con el padre o la madre no conviviente lo mudare de domicilio sin autorización judicial. A su turno, la norma prescribe que los casos en que con la finalidad de obstruir la comunicación con dicho progenitor se concretara la mudanza al extranjero sin autorización judicial excediendo sus límites, las penas se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo".³⁵

Finalmente, de acuerdo con el artículo 3º del ordenamiento que comentamos, se estatuye que en un plazo no mayor de diez días el juez dispondrá los medios necesarios para restablecer el contacto del hijo con sus padres, a cuyo efecto determinará de ser producente un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o de existir, hará cumplir el establecido.

Por ello, sin perjuicio de adoptarse los recaudos del caso que el fuero penal esté provisto de los elementos indispensables para actuar con celeridad y eficacia urge dotar al juez civil de mayores facultades.

Tal vez sea de utilidad conferirle la atribución como sucede en otras legislaciones de imponer penas de arresto de hasta dos años, esto es, instrumentar algún sistema que genere una obediencia inmediata a estos deberes y ordenes de naturaleza extramatrimonial.

Las leyes dictadas en el siglo XXI consagran un suavamiento continuo de la autoridad paterna, que no merece ser calificada de potestad, los derechos del hijo y los derechos de la familia se han opuesto a los del padre, cuyas prerrogativas están en retirada en casi toda la línea.

La larga evolución que se ha producido durante siglos puede caracterizarse en pocas palabras, si la patria potestad: que los antiguos romanos concebían como un derecho absoluto del espíritu egoísta que se ha

TERMINA CON
FALLA DE ORIGEN

transformado poco a poco en un derecho relativo, de espíritu altruista, establecido en interés del hijo.

5.11 LEY DE ASISTENCIA Y PREVISIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR. En este mismo sentido, se establece en el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal la obligación de los jueces de escuchar a los progenitores y a los menores antes de dictar las sentencias en los juicios de divorcio.

Lo anterior, con el objeto de que el juzgador cuente con mayores elementos para decidir lo que más convenga al interés superior de los menores y, en su caso, tomar las medidas necesarias para protegerlos contra actos de violencia familiar.

En lo referente a la institución de la patria potestad, se adecua en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, la disposición de los hijos de honrar y respetar a sus ascendientes, por la obligación de respeto y consideración mutua entre ascendiente y descendiente.

Este planteamiento viene a ser congruente con el derecho de respeto a la integridad física y psíquica de todos los miembros de la familia que orientan al conjunto de la iniciativa.

Con la reforma al artículo 414 se pretende establecer las reglas para determinar a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, se habla en general de los hijos, sin distinción respecto de los hijos de matrimonio, para ello, dicho texto recogería en lo sustancial, las disposiciones de los actuales artículos 416 y 418 debiéndose derogar el artículo 415, cuyo contenido quedaría sin materia.

Una innovación importante está constituida por el texto propuesto para el artículo 417 ya que en dicha disposición precisa el derecho de convivencia de los menores con sus ascendientes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este derecho, entendido como el conjunto de relaciones personales entre el menor y sus padres, no podrá impedirse sino por causa y mediante declaración judicial.

Por otra parte, se actúa frente a un comportamiento reiterado en nuestro país, consiste en que el número importante de madres o padres obligados por circunstancias de índole laboral o de cualquier otra naturaleza encargan a sus descendientes con familiares o parientes por periodos prolongados de tiempo.

Esta custodia de hecho no implican derechos y obligaciones, lo que redundaría en detrimento del menor, por ello, se establece que cuando por cualquier circunstancia los parientes queden al cuidado de un menor tienen las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores.

Además es importante precisar que quienes ejercen la patria potestad respecto de dichos menores no quedan relevados de coadyuvar, con quien custodian al menor, en todas las obligaciones derivadas.

Con la reforma al artículo 422 se pretende que la obligación de educar convenientemente a los menores no sea sólo para quienes ejercen la patria potestad, sino que sea extensiva para quienes tengan la custodia de los menores.

A su vez, se otorgan atribuciones a la autoridad administrativa para dar aviso al Ministerio Público del incumplimiento de este deber, la facultad de corrección de que disponen quienes ejercen la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, prevista en el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, ha sido interpretada como la atribución ilimitada de usar cualquier medio correctivo tendiente a educar a los menores. Desgraciadamente, esta práctica puede derivar y ha derivado en actos de violencia familiar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por ello, se estima imprescindible aclarar en dicho precepto, que la facultad de corregir de ninguna manera implica que se puedan infligir actos de fuerza atentatorios contra la integridad física o síquica de los menores.

Por lo que corresponde a las reformas al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, tienden a aclarar que la patria potestad sólo se pierde mediante resolución judicial, ya sea que quien la ejerza sea condenado expresamente a perderla; que sea persona cometa un delito en contra del menor, o que sea condenado dos o más veces por un delito grave, independientemente de quien resulte ser la víctima de esos ilícitos penales.

En lo referente a la adición del artículo 444 bis, obedece a las necesidades de limitar el ejercicio de la patria potestad en los casos en que la violencia familiar se cometa en contra del menor.

"De las diversas formas en que se puede presentar la violencia familiar y quizá entre las más graves, están la exposición y el abandono de menores. Por ello, se define cada una de esas figuras y permite que las instituciones encargadas de recibir a los expositores y abandonados, puedan actuar de una manera mas expedita en lo relativo a su representación.

En este sentido es que los artículos 492, 493 y 494, así como del artículo 1316, este último con el fin de precisar que los ascendientes que abandonen, prostituyan corrompan a sus descendientes, quedarán incapacitados para adquirir por testamento o por intestado respecto de los ofendidos.

De igual manera, se adiciona de una fracción XII al referido artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal, a fin de que el haya sido condenado por delito cometido en agravio del autor de la herencia, también quede incapacitado para adquirir por testamentos o intestado del de cujus.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con motivo de las reformas propuestas al ordenamiento sustantivo en materia civil, es necesario hacer algunas adecuaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con la finalidad de que los conflictos generados por la violencia familiar cuenten con procedimientos ágiles y medidas precautorias suficientes para hacer cesar esas agresiones. En este contexto, es necesario reformar el artículo 208, a fin de que al conocer de la separación de personas como actos prejudiciales, los jueces tomen en cuenta los dictámenes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a la atención de asuntos relacionados con la violencia familiar.

En este mismo contexto las acciones contenidas en el capítulo de separación de personas, y también como acto prejudicial, puedan ser ejercidas por quienes viven en concubinato, siempre y cuando tengan domicilio común con las mismas características del domicilio conyugal, en ese sentido, es la reforma del artículo 216.

Por otra parte, se reforma el artículo 941, a fin de que los jueces de lo familiar tengan competencia para resolver los conflictos derivados de la violencia familiar.

También se modifica el artículo 942, se establecen las reglas que deberán observar los jueces de lo familiar al desahogar los procedimientos que en vía de controversia familiar conozcan y cuya causa sea la violencia familiar. Entre dichas reglas, destacan que el juez propiciará en audiencia privada el acatamiento, por parte de los propios involucrados de las medidas necesarias para hacer cesar la violencia familiar y que en esa misma audiencia, si los involucrados no logran llegar a un acuerdo, el juez, escuchando al Ministerio Público y verificando el contenido de los informes elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

intervenido en el conflicto, quedaría facultado para tomar las medidas necesarias para hacer cesar la violencia familiar, hasta en tanto resuelve la controversia definitiva.

A su vez, es pertinente reformar el artículo 945, para que los jueces de lo familiar estén obligados a cerciorarse de la veracidad de los hechos que se sometan a su consideración y valorarlos personalmente o con el auxilio de las instituciones especializadas en la materia".²⁵

Artículo 4.205 del Código Civil para el Estado de México establece:

En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Quién no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

La restricción que haga un cónyuge al otro de ver a sus hijos, se sancionara en términos del Art. 263 del Código penal.

Consideramos que en la Legislación Penal del Estado de México se debería adecuar como la que rige en el Distrito Federal, según lo establece el artículo 336 quáter.-

336 quáter.- Cuando el ascendiente sin limitación de grado de parientes consanguíneos colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo al padre o a la madre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará la pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida".

TESIS CON
FALLA DE URGEN

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La patria potestad es una institución protectora de los menores, que tiene fundamento en la naturaleza humana, y que confiere a los padres una misión compuesta de facultades y deberes como son: asistir, educar y formar a los hijos.

Consideramos que es preferible analizar la Patria Potestad en sus efectos, tomando en cuenta el atributo de la personalidad sobre el cual recaen , pues, ello permite un examen más exhaustivo de los efectos y una correcta clasificación de los mismos.

SEGUNDA.- La filiación trae consigo el establecimiento 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 y no se emancipen. 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 la patria potestad, cuyo ejercicio tiene como fin la formación integral del menor.

TERCERA.- Resulta indudable que la familia es la institución básica de la sociedad. En ella no solo tiene lugar una serie de procesos cruciales para la permanencia social, sino que constituye un medio privilegiado para el crecimiento y desarrollo de sus miembros.

Todos tenemos derecho a una vida digna y libre de violencia , y convivir sanamente para alentar el pleno desenvolvimiento de nuestras potencialidades. Como seres humanos y como mexicanos tenemos que formar hombres y mujeres pensantes y libres en ambientes donde no existan relaciones de sumisión y subordinación, sino de coordinación armónica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CUARTA.- Nadie puede sostener que natural o jurídicamente exista un derecho de propiedad de los padres sobre los hijos , o del marido sobre la mujer .

En este sentido consideramos como prioridad la prevención y erradicación de las agresiones físicas o psíquicas que se produzcan en agravio de las mujeres y de sus hijos, cualquiera que sea su forma de expresión, e impulsa medidas que contribuyen a hacer visible este problema social, comprendiéndose en este esfuerzo la promoción de iniciativas de reforma a la legislación penal para tipificar y castigar con mayor rigor los delitos que se cometan en contra de las mujeres y los hijos.

Se trata de castigar el abuso de quién por razones económicas físicas o culturales tiene una posición de privilegio y por la cual las mujeres y los niños son las principales víctimas. Si no se le detiene, tiende a repartirse, a incrementar su intensidad y frecuencia. Este es un problema que se manifiesta en todos los niveles y clases sociales.

Por tanto hay que disuadir y castigar las conductas que generen violencia familiar, establecer medidas de protección a favor de las víctimas de este fenómeno y concientizar a la población del problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas.

QUINTA.- Estamos frente a una de las situaciones en que el derecho se ha de convertir en el principal agente de cambio.

No solo debemos utilizar la razón simple y llana, sino que es importante tener sensibilidad y colocarnos en la persona de la víctima, saber que existe la posibilidad de que el día de mañana pudieran ser nuestras hijas o hijos quienes sufran este flagelo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEXTA.- Sin perjuicio de adoptarse las prevenciones del caso que el fuero penal esté provisto de los elementos indispensables para actuar con celeridad y eficacia urge dotar al juez civil de mayores facultades para sancionar a quien restrinja el derecho de custodia y patria potestad a su cónyuge o compañera.

Tal vez sea de utilidad conferirle la atribución como sucede en otras legislaciones de imponer penas de arresto de hasta dos años, esto es, instrumentar algún sistema genere una obediencia inmediata a estos abusadores.

SÉPTIMA.- La ley establece los supuestos en que la patria potestad se suspende: Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce; Por declaración de ausencia; Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión y por acción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia. Consideramos que en la practica no se lleva a cabo esta ultima suspensión, empero debería de efectuarse.

OCTAVA.- La potestad llamada paterna, no pertenece exclusivamente al padre; la madre esta igualmente investida de ella, esta potestad no es perpetua; instituida en interés del hijo; pues termina el día en que este pueda prescindir de ella, al llegar a la mayoría de edad o cuando sea emancipado.

NOVENA.- Otras Legislaciones: Como el Código argentino, reprime con prisión de un mes a un año al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruye el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, pena que se elevará de seis meses a tres años si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado.

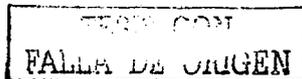
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DECIMA.- En tal virtud consideramos necesario hacer adecuaciones a la legislación sustantiva Civil y Penal, del Estado de México, para atender la problemática generada por este tipo de conductas en las distintas instituciones familiares previstas en la ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA:

- CASTÁN VÁZQUEZ José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, España 1970.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, México: Editorial Porrúa.
La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, México: Editorial Porrúa, 1990.
- CARBONNIER, Jean. Derecho Civil, Situaciones Familiares y Cuasifamiliares. Tomo II, Volumen II. Barcelona: Editorial Bosch.
- CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo I, México: Editorial M. A. Porrúa y el Instituciones de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1993.
- COUTO RICARDO, Derecho Civil Mexicano. Tomo IIV La Vasconia México, D.F. 1989 Tomo II.
- DE IBARROLA Antonio. Derecho de Familia 2ª. Edición México: Editorial Porrúa, 1981.
- DE PIÑA, Rafael, Derecho Civil Mexicano- 2ª. México Editorial Porrúa, 1983. Volumen 1.
- DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil Tomo II, Volumen IV, Madrid, Editorial Reus.
- DIEZ PICAZO Luis y Antonio Guillón, Sistema de Derecho Civil Volumen IV, Madrid, Editorial Tecnos, 1978.
- D'ORS, Álvaro, Derecho Privado Romano. 5ª Ed., Pamplona: Editorial Universidad de Navarra S.A., 1983.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. México: Editorial Porrúa, 1985.



- GARCÍA TELLES Ignacio. **Motivos y Concordancias de Nuevo Código Civil Mexicano** México, D.F. 1932.
- LA REFORMA de 1975 al Derecho de Familia, México: Editorial Porrúa, 1975.
- MAZEAUD, Henri y otros. **Lecciones de Derecho Civil, Tomo I, Volumen IV.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1969.
- MARGADANT S. Guillermo F., **Derecho Romano.** Editorial Esfinge, S. México, D.F. , S.A. México, D.F. 1995.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho Civil Mexicano Tomo II,** México: Editorial Porrúa, 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa S.A. México, D.F. 2001.

Ley Sobre Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, S.A., México, D.F. 1999.

Ley de Nacionalidad y Naturalización, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 2000

Ley Federal de Educación, Ediciones Andrade, S.A., México, D.F. 1999.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V. México, D.F. 2001.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la en República Materia Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V. México D.F. 2001.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A., México, D.F. 2001

Legislación Penal Procesal para el Estado de México Editorial Sista S.A. de C.V., México D.F. oct. 2001.

Código Civil del Estado de México Editorial Sista S.A. de C.V. México D.F. 2001.

Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar Diseño Editorial Reprosca S.A. de C.V. Miguel Ángel Número 79 Int. 1 Colonia Moderna Impreso en Imprenta Ajusco S.A. de C.V. No. 223, México Distrito Federal. La Edición consta de 5000 ejemplares más sobrantes para reposición Octubre de 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado las tesis que a continuación transcribimos:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo III Enero de 1996

Tesis II 20c.t. 15C

Página 293

GUARDA Y CUSTODIA. Si bien es cierto que de conformidad con El artículo 267 del Código Civil del Estado de México, (abrogado) Tratándose de divorcio, corresponde al cónyuge inocente la guarda y custodia de los de los hijos habidos en el matrimonio; también lo es que esto no significa que tal disposición se aplique indiscriminadamente a todos los casos, porque el mismo precepto legal establece una excepción cuando dispone que el juez puede discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos, lo que implica que el juzgador debe cuidar que la resolución que emita en este sentido, sea acorde a los intereses de los menores .

Durante el ultimo siglo se ha producido una evolución en dirección distinta, bajo el impulso de la jurisprudencia, de la costumbre y del legislador.

NOVENA ÉPOCA

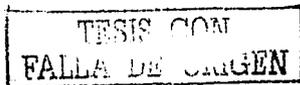
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Agosto de 1995

Tesis: II. 2º.C.T.7C

Página 559



MENORES DE EDAD, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe 19 de abril de 1995.

Unanimidad de Votos. Poniente: Raúl Solís Solís Secretaria: Laura Rojas Vargas.

Octava Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: I Primera Parte, Enero a Junio de 1988

Página:363

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE HASTA LA EDAD LEGAL. Existe interés social en que los Menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, por que es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesaria; de tal suerte, que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicita.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Poniente: Mariano Azuela Guitrón.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Amparo directo 5057/73. Manuel Ramón Gil López. 3 de marzo de 1975. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Nota: Esta tesis también aparece publicada en el Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 75, Cuarta Parte, Pág.23 el rubro "MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE". Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: III Enero de 1996 Tesis: II 2º. C.T.15 C
Página:293

GUARDA Y CUSTODIA. Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 267 del Código Civil del Estado de México, (abrogado) tratándose de divorcio, corresponde al cónyuge inocente la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio; también lo es que esto no significa que tal disposición se aplique indiscriminadamente a todos los casos, porque el mismo precepto legal establece una excepción cuando dispone que el juez puede discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos, lo que implica que el juzgador debe cuidar que la resolución que emita en este sentido, sea acorde a los intereses de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 884/95. Rafael Martínez Procel. 13 de Septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN