

00721  
103 A

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO



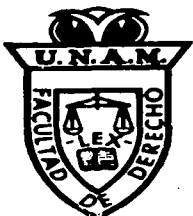
FACULTAD DE DERECHO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

"LA LIMITACION JUDICIAL EN MATERIA DE PATRIA  
POTESTAD"

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
JOSE ANTONIO BENITEZ MEDINA

ASESOR DE TESIS:  
LIC. FELIPE HERNANDEZ CHAMU  
DR. IVAN LAGUNES PEREZ  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL UNAM



MEXICO, D. F.

CD. UNIVERSITARIA 2003



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# **TESIS CON FALLA DE ORIGEN**

# PAGINACIÓN

# DISCONTINUA

**A DIOS:**

Porque sin tu presencia en mi existir nada sería posible.  
Gracias siempre por acompañarme en éste y todos  
los momentos de mi vida.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**A MI UNIVERSIDAD:**

Entre tus muros encontré el conocimiento y el amor al debe ser,  
porque más que una carrera, aprendí una forma de vivir y el símbolo  
que te representa a través de un puma, lo tengo tatuado en mi  
corazón, porque con orgullo hoy puedo decir,  
**POR MI RAZA, HABLARÁ EL ESPÍRITU.**

**AL DOCTOR IVÁN LAGUNES PÉREZ:**

Su sabia e interesada dirección profesional del Seminario de Derecho  
Civil, lo hace ser un ejemplo a seguir de dedicación y constancia.

**¡GRACIAS!**

**A MI ASESOR:**

Lic. Felipe Hernández Chamú, por haberme guiado  
en esta tarea con sus enseñanzas, nunca dejaré de agradecerle  
su paciencia, apoyo y atinados comentarios.

**MIL GRACIAS A:**

Mi jurado, así como a todos y cada uno de mis  
profesores, que me impartieron sus conocimientos.

**UN AGRADECIMIENTO MUY ESPECIAL A:**

Lic. Alvaro Mojica Cristóbal.

**EN HONOR A SU MEMORIA:**

A mi papá

+ **Leonardo Benitez Salcedo.**

**A MI HERMANO:**

+ **Eduardo Benitez Medina.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**A MI MAMÁ:**

Angelina Medina Moreno

Por tu respaldo y apoyo en los momentos  
más difíciles de mi existencia.

**¡GRACIAS POR SIEMPRE!**

**A MIS HERMANOS:**

María del Carmen, Araceli, María de Lourdes, Juan Manuel,

Patricia, Susana, Gloria, María de los Ángeles y Yadira Ivonne.

**¡LOS QUIERO!**

**MIRIAM:**

Por tu apoyo y comprensión

**¡GRACIAS!**

**KAREN DANIELA**

Hija: Eres la bendición más hermosa que Dios me dio,  
y que esto te sirva de aliciente para que logres todo lo  
que te propongas.

**¡HERMOSO CARIÑO!**

**"LA LIMITACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD"**

**INTRODUCCIÓN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**CAPÍTULO 1  
LA PATRIA POTESTAD**

- 1. Evolución de la Institución..... 2
- 2. Concepto..... 9
- 3. Fundamento de la autoridad paterna..... 14
- 4. Naturaleza Jurídica..... 20

**CAPÍTULO 2  
PROBLEMÁTICA DE LAS FACULTADES CONFERIDAS AL JUZGADOR EN  
MATERIA DE PATRIA POTESTAD**

- 1. Regulación Jurídica..... 28
- 2. La facultad del Juzgador para suspender y limitar la patria potestad..... 31
- 3. La pérdida de la patria potestad y la participación del Juzgador... 39
- 4. La patria potestad y los derechos de las niñas y de los niños..... 50
- 5. Aspectos positivos y negativos de la facultad del Juzgador en materia de patria potestad..... 56

**CAPÍTULO 3  
NECESIDAD DE LIMITAR LA FACULTAD DEL JUEZ EN MATERIA  
FAMILIAR**

- 1. La conveniencia de controlar la facultad omnimoda del Juez de lo Familiar..... 59
- 2. Facultades del Juez de lo Familiar en materia de divorcio..... 66

3. Facultades del Juez de lo Familiar en el concubinato..... 76

4. Facultades del Juzgador en patria potestad..... 86

5. Aspectos positivos y negativos de controlar la facultad del Juez de lo Familiar. .... 87

**CAPÍTULO 4**

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

1. Demostración y justificación de la propuesta ..... 91

2. Criterios Jurisprudenciales..... 97

3. Propuesta para limitar las facultades del Juez de lo Familiar  
adicionando los artículos 283 y 284 del Código Civil para el D.F.....  
..... 105

**CONCLUSIONES..... 109**

**BIBLIOGRAFÍA..... 112**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

F

## INTRODUCCIÓN

La pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, queda totalmente al arbitrio del Juez, que en muchas de las veces no es lo suficientemente justo e imparcial en sus fallos.

Lo anterior sucede en que se hace caso omiso a las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal respecto a las inspecciones de campo o visitas domiciliarias que debe hacer la trabajadora social, al domicilio de los padres evaluando las condiciones económicas, de salubridad e higiene para señalar que es lo que más conviene al menor.

La propuesta u objetivo que pretendemos, es poner limitantes o candados al Juez de lo Familiar para que su fallo respecto a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad sea lo más justo posible incluyendo también la restitución de la misma. Lo anterior, se logrará mediante la adición a los artículos 283 y 284 del Código Civil para el Distrito Federal.

El trabajo de tesis recepcional lo denominamos "LA LIMITACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD" el cual para su exposición y estudio quedó dividido en cuatro capítulos los cuales a continuación detallamos.

En el capítulo primero, denominado de la patria potestad, se analiza la evolución de ésta institución, su concepto, fundamento de la autoridad paterna y su naturaleza jurídica.

La problemática de las facultades conferidas al Juzgador en materia de patria potestad se exponen en el capítulo segundo de este trabajo donde

se puntualiza la regulación jurídica de ésta, las facultades del Juzgador para suspender y limitar la patria potestad así como la pérdida de ésta destacando siempre, la participación del Juez de lo Familiar en estas controversias, señalando también los derechos de las niñas y de los niños respecto de la patria potestad así como los aspectos positivos y negativos del Juzgador en materia de patria potestad.

En el capítulo tercero del presente trabajo, puntualizo la necesidad de limitar la facultad del Juez en materia familiar, destacando la conveniencia de esto así como las amplísimas facultades que tiene el Juzgador en materia de divorcio, concubinatio y patria potestad señalando los aspectos positivos y negativos de controlar la facultad del Juez de lo Familiar.

Finalmente en el capítulo cuarto el cual, es parte medular del trabajo hacemos la propuesta de modificación al Código Civil para el Distrito Federal para limitar las facultades del Juez de lo Familiar adicionando los artículos 283 y 284 con el objetivo de que el Juez tome en consideración algunas circunstancias de hecho y de derecho que más convengan al menor.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 1  
LA PATRIA POTESTAD

A manera de introducción, podemos decir que la patria potestad es un derecho y al mismo tiempo una obligación que tienen los padres para con sus hijos y los bienes de éstos. El significado de la palabra se puede traducir como el poder que los padres tienen sobre sus hijos incapaces, los menores de edad hasta la edad de 18 años o hasta que éstos se emancipen (la emancipación es cuando un menor de edad en virtud de haber contraído matrimonio deja de estar sometido a la patria potestad de sus padres al igual que sus bienes; sin embargo, para vender, arrendar o realizar negocios con sus bienes, requerirá de autorización judicial y de un tutor). La patria potestad no es renunciable y sólo podrán negarse al ejercicio de la misma los mayores de sesenta años cumplidos o cuando su mal estado habitual les impida ejercer adecuadamente la patria potestad.

Está dispuesto por la ley que en el ejercicio de la patria potestad debe existir entre ascendientes y descendientes, tutores y pupilos una relación de respeto y consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad o condición.

El objeto del ejercicio de la patria potestad se puede traducir entre otros en el derecho o facultad de corregir a los hijos o a las personas que están sujetos a ella, y en el derecho a administrar los bienes de los mismos,

así como a recibir la mitad de las ganancias que se obtengan en la administración de los bienes cuando éstas no hayan sido producto o adquisiciones derivadas del trabajo del titular o propietario; en este aspecto, el juez de lo familiar tiene facultades para dictar las medidas que sean necesarias con el fin de impedir que se derrochen o se disminuyan los bienes del menor sobre el que se tiene la patria potestad. Además, los padres o quienes ejerzan la patria potestad no pueden vender, arrendar o hipotecar los bienes del menor, salvo en aquellos casos en que exista una real necesidad o se obtenga un beneficio para el menor, previa autorización del juez.

Como podemos ver, a grandes rasgos, es así, como funciona la figura jurídica de la patria potestad en nuestro derecho positivo, pero esto, no siempre fue así, razón por la cual a continuación hacemos una remembranza de la evolución que la patria potestad ha tenido.

### 1. Evolución de la Institución

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Para hablar de la evolución de esta institución señalaremos, aunque brevemente la que ésta tuvo en el Derecho Romano, para así concluir con nuestro derecho.

Existía un principio Romano que decía, "*están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias.*"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Esfinge, México. 1998. p. 73.

Este principio es el que infunde todo el sustento del sistema romano en el que campea básicamente la idea del poder. Este se manifiesta abiertamente en el seno de la familia, mediante la autoridad suprema del pater. Igualmente el derecho de propiedad está concebido dentro de la misma idea: poder de usar, gozar, disfrutar y hasta abusar.

En relación con lo aquí anotado, Rudolf von Ihering apunta "en cualquier comunidad, aunque sólo sea la familia, se halla el germen del instinto del orden y hasta sus luchas y convulsiones son manifestaciones del deseo de buscar el orden.

Puede decirse que la organización jurídica de la familia está en razón inversa de la del Estado. La familia, Estado en pequeño, necesita también la constitución de un Estado; no puede abandonar los lazos del parentesco a la libertad y al amor, porque le hacen falta ante todo vínculo político. Al lado de la unidad política de las estirpes existe otra derivación del principio de familia: el Estado patriarcal, en que el poder del jefe del Estado es un poder paternal ampliado y la relación de subordinación social es la que existe entre el padre y sus hijos."<sup>2</sup>

En relación a lo anotado podemos decir que la unión política de las razas en Roma asemejaba una pirámide. La obligación de los parientes en

---

<sup>2</sup> VON IHERING, Rudolf. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1978, p. 211.

## TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Roma era protegerse mutuamente siendo éste uno de los principios básicos de la familia.

“La idea de la autoridad suprema reina en todo el derecho privado antiguo. El jefe de familia goza de un poder casi ilimitado sobre los familiares, y lo mismo ocurre con el acreedor respecto al deudor y el propietario respecto de la propiedad. Durante siglos el poder paterno fue idéntico al poder dominical. Los hijos no podían tener nada de su propiedad, el padre podía venderlos, casarlos a su gusto, disolver su matrimonio. La única diferencia es que el esclavo podía ser vendido una sola vez, mientras que el hijo tres veces.”<sup>1</sup>

En el Derecho Romano antiguo la intervención de la ley en el santuario del hogar era muy escasa. La vida íntima de la familia debía desenvolverse libremente por sí misma, sin someterse a las reglas muertas del derecho. La casa es la creación del jefe de la familia: él es quien la rige. Este poder de hecho, la ley romana se lo atribuye de derecho, pero no para ejercerlo con capricho y arbitrariedad, sino para que pueda guiar a la familia según sus propias aspiraciones, su recta conciencia y la voz interior del amor filial. “Reconocer la potestas del padre es hacer de la casa romana el santuario inviolable del amor. Ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos. Los disentimientos interiores no pueden debatirse fuera de la casa. El padre es el juez de la morada romana

<sup>1</sup> Cit. Por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. IV. 3ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 516.

(*domesticus magistratus*), y si no restablece la concordia debe acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad manteniendo desde el principio la autoridad moral necesaria."<sup>4</sup>

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

"En la Instituta de Justiniano se consigna la siguiente disposición: El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre."<sup>5</sup>

En todo el texto que venimos especificando, debe advertirse que la palabra *potestas* no se identifica con el poder que la naturaleza, ni el sentimiento general de los hombres o la facultad que las leyes de la mayor parte de los pueblos otorgan al padre para la educación del hijo, y en bien de toda la familia.

<sup>4</sup> PÉTTI, Eugène. Derecho Romano. 13ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 117.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 118.

La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quiritarario, era de derecho civil. Así no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de juez doméstico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en uso, y hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado. "La costumbre en un principio, y después las leyes vinieron a dulcificar esta institución, quedando limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, siendo peculiar del juez el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender el hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el Emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón."<sup>6</sup>

Como podemos colegir, el sistema romano había llegado a desarrollar en forma notable la potestad paterna, sin embargo, parecer ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad todavía permanecen inciertos; señalando Eduardo B. Busso que "últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se encuentran en el derecho ártico, y no

<sup>6</sup> Cit. Por. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil. T. IV. 4ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 368.



exclusivamente en el romano, como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma la regulación del instituto, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo.”

En todo lo anterior debemos advertir que la patria potestad es el poder que tiene el jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del derecho civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre su descendiente, también ciudadano romano. En ella se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. Esta facultad se ejerce solo por y sobre los ciudadanos romanos.

Por lo que respecta a nuestro derecho positivo mexicano, podemos decir, que es a partir del Código Civil de 1928 donde se establece que el ejercicio de la patria potestad, compete conjuntamente al padre y a la madre en primer lugar; a falta de ambos, la patria potestad será ejercida por el abuelo y la abuela paternos o por el abuelo y la abuela maternos, según lo determine el Juez. Nuestro Código, organiza la patria potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público.

Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores; sino que

---

<sup>7</sup> BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 3ª edición, Oxford, México, 1990. p. 221.

## TESIS CON FALLA DE ORIGEN

las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo. Nuestro código no establece en qué manera deberá ejercerse esa función, a la vez por el padre y por la madre; pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente por aquél y por éste, debe interpretarse, que en todo deberán ambos actuar de acuerdo, no sólo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino también en lo que atañe a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo.

En el caso de disentiimiento entre el padre y la madre, el juez de lo familiar podrá resolver lo que convenga, siempre mirando por la protección del interés del hijo.

"Esta opinión que adopta el Código Civil respecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, es el corolario natural del principio de igualdad del marido y la mujer, dentro del seno de la familia. Nuestro sistema legislativo establece la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio; y por lo que se refiere a la patria potestad el derecho civil mexicano, adopta un sistema en que se coordina el interés de la familia, la unidad del matrimonio y los principios de orden público que atañen a la educación y formación de la prole."<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 1993. p. 391.

La patria potestad no es renunciable, puede perderse, de acuerdo con la fracción III del artículo 444 por violencia intrafamiliar de los padres, malos tratamientos o por abandono de sus deberes en forma tal que se comprometa la seguridad, la salud o la moralidad de los hijos aun cuando no cayeren estos hechos bajo la sanción de la ley penal. Asimismo el artículo 447 del Código Civil establece que los jueces pueden imponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad. De estos preceptos se desprende que en nuestro derecho, la patria potestad es una función que se ejerce por los padres en interés público, para hacer posible el cumplimiento de las finalidades superiores de la familia, a favor de los hijos.

## 2. Concepto

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

De manera general podemos decir que la patria potestad, es la institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

Adelantándose a su tiempo, el jurista José María Álvarez la definió en 1827 como "Aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados."<sup>9</sup>

<sup>9</sup> ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 3ª edición. Oxford, México. 1990. p. 389.

Se dice generalmente que, en la concepción del derecho francés, los derechos de la patria potestad son atribuidos al padre y a la madre para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tienen en consideración de sus hijos. La idea es verdad y la institución de la caducidad de la potestad paterna la ha subrayado. Será, mientras tanto, inexacto el pretender que se falle en considerar estos derechos únicamente como una función, y el negarle todo carácter de derechos únicamente como una función, es decir, de prerrogativas atribuidas a los padres. Este carácter no se encuentra únicamente en el derecho de disfrute legal, en donde él está patente, aún cuando no parezca un derecho esencial. El se hace visible también y sobre todo, en el derecho de escoger la orientación moral, intelectual y profesional que le será dada al hijo. Negar que el padre tenga, a título de prerrogativa, la libertad de esa elección, es admitir que aquélla perteneciera a los poderes públicos, que pudieran imponerle su voluntad a éste respecto.

Marcel Planiol Define a la patria potestad "como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo."<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1970. p. 216.

El mismo autor parisino agrega que la expresión "**patria potestad** nunca ha sido exacta en Derecho Francés, porque lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, más que una potestad. Además, de que ella ya no pertenece solamente al padre, como la romana, sino que también la ejercita la madre a falta de aquél."<sup>11</sup>

Lo que en la legislación francesa se llamaba la caducidad de la patria potestad, corresponde a nuestro concepto de la pérdida de la misma y en un principio, afectaba a los padres culpables de haber excitado o favorecido habitualmente el libertinaje de sus hijos. Sin embargo, Planiol "califica como insuficiente esa medida, pues el legislador había olvidado que numerosos padres se mostraban indignos de la confianza de la Ley, ya que maltrataban o abandonaban a sus hijos, o bien los dedicaban al robo, mendicidad o prostitución."<sup>12</sup>

Julien Bonnecase le da una extensión de mayor relieve a la patria potestad, pues la define en un sentido amplio, expresando que "es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios."<sup>13</sup> Esta noción es muy amplia y forma un contraste con la que ordinariamente dan los autores;

---

<sup>11</sup> Ibidem. p. 218.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 221.

<sup>13</sup> BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, Depalma, Argentina, 1990. p. 286.

éstos en su definición, se refieren al padre y a la madre únicamente. Pero, como veremos, la nuestra es correcta. Por el momento adviértase, simplemente, que la patria potestad no corresponde ya a la concepción de un conjunto de prerrogativas a favor de los padres; es, por el contrario, una obligación en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres y a favor de los hijos, cuyo objeto es la educación de estos. Nótese, igualmente, que la patria potestad está ligada a la noción de la minoría de edad.

A manera de resumen, podemos decir, que la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una situación establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

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

**La atribución de estos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.**

**Colín y Capitant definen a la patria potestad, diciendo que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados."<sup>14</sup>**

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

**El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores**

---

<sup>14</sup> COLÍN, Amboise Y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. 2ª edición, Trad. de Luis Alcalá y Zamora Castillo, edición Francesa, México, 1980. p. 86.

para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, podemos decir 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, aquélla autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

### **3. Fundamento de la autoridad paterna**

La patria potestad constituye un poder de protección, y las prerrogativas que confieren al padre y a la madre sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de la procreación.

De acuerdo con lo expuesto, vemos pues como la autoridad paternal es más que eso, no sólo en el revestimiento de una facultad de un encargado del ejercicio de un mando, sino en una fuerza similar al imperio, que vigorosamente y a la vez en forma severa se exterioriza como un dominio que abarca la protección y la tutela de la familia en forma excepcional y que, obligándola a estarle sometida, establecía un sistema monárquico en la relación familiar. En razón de esas manifestaciones,



**Petit, expone tres consecuencias principales que se presentan en relación con la protección del hijo:**

1. "No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar;
2. Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno;
3. La madre no puede tener nunca la potestad paternal."<sup>15</sup>

A la vez, veamos las consecuencias que concedía el sistema romano al que ejercía la patria potestad, tanto en relación con la persona que le estaba sometida, como en cuanto a los bienes.

En el primer aspecto de tipo personal, como el pater familias era un magistrado doméstico, tenía poderes de vida y de muerte sobre las personas que le estaban sometidos; facultándoseles para imponer a los hijos las penas más rigurosas. A la vez, estaba en condiciones de manciparlos y también en abandonarlos. No obstante lo anterior, parece ser que en tiempos de la República, este sistema encontró índices de moderación. Se dice igualmente que bajo el Imperio, había también abusos

---

<sup>15</sup> PETIT, Eugene. Op. cit. p. 397.

de la autoridad paterna en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por ésta razón, también agrega Petit, "Adriano castigó la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo culpable de adulterio con su suegra."<sup>16</sup>

Hacia el Siglo II, de la era cristiana aparece una manifiesta modificación que atenúa el poder riguroso de la patria potestad y se presenta más como un simple poder de corrección, que si bien le facultaban discrecionalmente para sancionar las conductas que implican faltas leves, no le permitían autónomamente llegar a imponer castigos que pudieran entrañar la privación de la vida, pues en esas circunstancias debía hacer la acusación ante el magistrado, ya que a éste correspondía en forma exclusiva la facultad jurisdiccional para dictar la sentencia. Esta reacción contra la autoridad absoluta del jefe de familia, ya la señalaba Ulpiano "al decir que era necesario restarle poderes al pater-familia cuando existiera crueldad excesiva contra sus descendientes o ascendientes."<sup>17</sup>

Finalmente, el Emperador Constantino modificó radicalmente la fórmula preexistente y dispuso se castigara como parricida al que hubiere mandado matar a su hijo.

Otra de las facultades que podía ejercer el padre sobre la persona del hijo era la facultad de manciparlo; cediéndolo a un tercero. Quien lo

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 398.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 399.

adquiría, podía ejercer sobre el hijo una autoridad especial a la que se le llamaba *mancipium*. Esta fórmula era en realidad una venta verdadera, que el padre realizaba en razón de encontrarse en condición de miseria. En otras ocasiones la mancipación operaba en vía de garantía a favor de su acreedor. De todas maneras quien llegaba a adquirirlo, se comprometía a libertarlo al cabo de un tiempo determinado; aún cuando si no lo cumplía, el censor estaba posibilitado de anular ese *mancipium*, restaurándose al hijo a la autoridad paterna original.

A este mismo respecto, Petit advierte: "El Derecho Romano luchó en buena hora contra esta práctica. La ley de las XII tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paterna, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola mancipatio produzca el mismo efecto."<sup>18</sup> El mismo autor agrega que en la época de Antonio Caracalle, "la venta de los hijos se declaró ilícita y sólo le era permitida al padre en casos de extrema necesidad, para procurarse alimentos. Por su parte, Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese, venta, donación o empeño. Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre únicamente siendo indigente, y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver, a tomarlo, abonándose al comprador. Por último, el jefe de familia podía

---

<sup>18</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 391.

dejar a sus hijos, abandonándolos."<sup>19</sup> Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio. Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo, y Justiniano lo declara libre *sui juris e ingenuo*. Tales fueron los alivios aportados en los derechos del jefe de familia hacia la persona de los niños. Por de pronto, los romanos pudieron tal precio a la libertad, que en ninguna época el padre, aún teniendo derecho de vida y muerte, ha podido en Roma hacer de su hijo un esclavo.

Como podemos ver el poder de ejercicio de la patria potestad en la antigüedad, era exoneradamente total respetándose siempre el poder omnímodo del pater-familia.

Después de ésta breve referencia histórica se infiere que la patria potestad, tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad.

El profesor Cicu sobre ésta materia dice lo siguiente: "En este campo, es en el que más se afirma frente al Estado la libertad familiar y es en ella, en la que más que en otra cosa se piensa, cuando esta libertad y el derecho relativo son considerados como privados. Y la mayor libertad de la familia, bajo un cierto aspecto se deriva de la mayor confianza que se puede poner en ella en virtud del fuerte impulso natural, para el cumplimiento de la

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 392.

función; por lo que precisamente en aquella libertad es más amplia la patria potestad, mientras en la tutela la garantía se busca en una más compleja organización."<sup>20</sup>

En suma la fuente real de la patria potestad es el hecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual el grupo social está interesado.

En la actualidad, la patria potestad se explica como la adquisición de ciertas obligaciones, por ejemplo, la obligación de educar convenientemente a sus descendientes; la obligación de dar un buen ejemplo de vida; la obligación mutua de tenerse respeto; y la obligación de los descendientes sujetos a la patria potestad de vivir al lado de quienes la ejercen, y sólo podrán abandonar el domicilio cuando el juez de lo familiar lo autorice o cuando contraigan matrimonio siendo aún menores de edad.

Debe quedar claro que aunque se reconoce el derecho de corregir, esto no implica que en el ejercicio de tal derecho se infrinjan al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psicológica o que impliquen actos de violencia familiar.

Todo menor de edad necesariamente está sujeto a la patria potestad de alguno de sus ascendientes hasta que alcance la mayoría de edad, y en

---

<sup>20</sup> CICÚ, Antonio. La Familia en el Derecho. 3ª edición, Tecnos, España, 1989. p. 369.

caso de que no existiera ascendiente que la ejerciera, el juez de lo familiar determinará lo conducente.

En un primer término, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres, si por alguna razón alguno de ellos no puede ejercerla lo hará el otro (el padre o la madre según sea el caso). Cuando faltaren ambos padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá entonces a los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar (abuelos paternos o abuelos maternos). Si no hay quien ejerza la patria potestad en estos términos, entonces se podrá nombrar tutor, que podrá ser alguno de los hermanos, de preferencia los que sean de padre y madre, y a falta de éstos los parientes colaterales hasta el cuarto grado (tíos o primos hermanos).

#### **4. Naturaleza Jurídica**

Respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, la doctrina no es uniforme en cuanto a desentrañar la razón o ciencia de ésta. "Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función."<sup>21</sup>

Para Alicia Pérez Duarte y Noroña, "es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir estos

---

<sup>21</sup> Enciclopedia Jurídica Orbeba. T. XI. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1997. p. 396.

finos tiene un conjunto de deberes y derecho instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre, madre, abuelos y abuelas tanto por línea como materna. Se refiere tanto a la persona del(la) menor como a sus bienes, y tiene el objetivo, dicen los autores, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas.”<sup>22</sup> Galindo Garfias sostiene que “es un instituto necesario para la cohesión familiar y discute, al igual que otros autores nacionales y extranjeros, sobre la denominación del mismo.”<sup>23</sup> Efectivamente, no se trata de una potestad del padre sobre los(as) hijos(as) como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos (as). En las ocasiones, que la propia ley señala, estas facultades y deberes pasan a los abuelos y abuelas.

Independientemente del carácter que haya tenido esta figura en el pasado, es interesante rescatar los lineamientos elaborados por el jurista mexicano Sergio García Ramírez.

Este autor nos dice que “el derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una protección creciente a la mujer y notoria solicitud hacia los (as) menores. En este

---

<sup>22</sup> PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La obligación alimentaria. 10ª edición, Porrúa, México, 1998. p. 139.

<sup>23</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 2ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 689.

cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas."<sup>24</sup> El Código Civil, establece, literalmente, esta transformación: la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta, por interés público, es decir, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tiene posibilidades de renunciar a su ejercicio, sólo se pueden conceder dispensas a quienes tengan más de sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud que le impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad. Además es intransferible e imprescriptible.

Se dice que este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido de orden natural, derivado de la procreación; un contenido afectivo, derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen padre y madre para atender los intereses de sus hijos(as) y de éstos para respetar y obedecer a aquellos, y un contenido social, representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de hijos e hijas. Es importante señalar que, en todo caso, el ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley.

---

<sup>24</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Lo social en los Sistemas Jurídicos Constitucional e Internacional. 2ª edición, Trillas, México, 2000. p. 281.



**El Código Civil, señala que existen cuatro causas por las cuales se suspende el ejercicio de la patria potestad, por incapacidad, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.**

**El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente**

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

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

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

Finalmente, se señala que la patria potestad termina por la muerte de la persona que la ejerce, si ya no hay otro en quien recaiga; por la emancipación derivada del matrimonio, o porque el(la) hijo(as) haya alcanzado la mayoría de edad y con la adopción del hijo en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante a los adoptantes.

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

"Es interesante observar, que la doctrina se refiere siempre aquí a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo; sino, por lo contrario, al derecho del mismo progenitor. De lo que resulta ante todo que la doctrina reconoce en el progenitor, aquélla coincidencia de derecho y deber, que hemos visto es característica de las

relaciones de derecho público. Y hemos visto, que la misma, se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos si quiere alcanzarse este fin deben observarse estas normas, se plantea en cambio en estos otros: debe alcanzarse este fin, observando estas normas."<sup>25</sup>

En el logro de las finalidades propuestos, existe evidentemente 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.

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. Desde el punto de vista externo, la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo.

---

<sup>25</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 10ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2001. p. 1048.

Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio. El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.

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

Siguiendo las ideas expuestas por Giannini, observa Vittorio Frosini: "En la doctrina italiana, una investigación acuciosa, realizada recientemente por Cancelli sobre el concepto de *Officium* en el Derecho Romano, hacía notar el significado subjetivo y moral, que el término había adquirido y llegamos a considerarlo como un signo de una actitud interna y apuntando así en el *officium*, el deber de solidaridad que el hombre tiene frente a sus semejantes y el deber de absoluta honestidad del sujeto que asume un cargo público o cumple un encargo privado. Cancelli toma en cuenta, para determinar el significado de *officium* el aspecto ético que influye en las motivaciones de la filosofía estoica y atribuía a esa influencia formativa, las

características que presenta esa figura jurídica en la mentalidad romana del último siglo de la República, ya se trate de un cargo público y de la administración de los bienes particulares, en cuanto reconocía, como elementos común, esencial en la actividad de gestión de los intereses ajenos, el sentido del deber y el escrúpulo de fidelidad en el desempeño del cargo."<sup>26</sup>

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

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 1049.

## CAPÍTULO 2

### PROBLEMÁTICA DE LAS FACULTADES CONFERIDAS AL JUZGADOR EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

Como sabemos, de acuerdo a nuestro derecho positivo civil y procesal civil al juzgador, se le dan amplísimas facultades en materia de patria potestad, para suspenderla, limitarla e inclusive, decretar la pérdida de ésta y más aún los limitantes al respecto, son casi nulas, haciendo de ésta facultad del juzgador un poder omnímodo. Lo anterior lo fundamentamos en que el juzgador, muchas de las veces no se apega a lo dispuesto por la ley o Código correspondiente, sino que juzga más, en base a su criterio o se prestan a componendas y chicanas propuestas por las partes en litigio haciendo a un lado a la célula primordial de la sociedad que es la familia dejando desprotegidos a los seres más indefensos que son los niños. En el presente capítulo trataremos de señalar, la problemática real en cuanto a las facultades que tiene el juzgador en materia de patria potestad tratando de darle solución al respecto.

#### 1. Regulación Jurídica

Uno de los aspectos más importantes es decidir cuál de los cónyuges conservará la custodia de los hijos: ¿En qué situación quedan los hijos después del divorcio de los padres?.

El principio general reconocido en todos los Códigos Civiles que admiten el divorcio vincular es el de privar al cónyuge culpable la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente.

"En esta materia el Código Civil fue modificado por decreto publicado en el Diario Oficial correspondiente al 27 de noviembre de 1983. El anterior artículo 283 del Código Civil, tenía tres normas fundamentales para resolver sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad. Las normas hacían referencia a las causales de divorcio, de tal forma que cuando el divorcio provenía por las causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; si los dos fueren culpables quedaban los hijos bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera, y si no se le nombraba tutor. La segunda regla hacía referencia a las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XV del mismo artículo y los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero la muerte de éste el culpable recuperaba la patria potestad; se trataba realmente de un caso de suspensión. Por último, en las causales previstas en las fracciones VI y VII, que se tratan de enfermedades crónicas o incurables y de enajenación mental, los hijos quedaban en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaba los derechos sobre la persona y bienes de los hijos."<sup>27</sup>

Es decir, el legislador evitó cuidadosamente que en esta materia tan

---

<sup>27</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 520.

delicada pudiere decidir el juez según su criterio. Sin embargo, la modificación del artículo 283 del Código Civil cambia radicalmente y el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos, obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor.

"El juez con plena libertad puede resolver en qué casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en qué otros proceden sólo la suspensión, y determinar cuándo la recupera; también puede resolver sólo limitar el ejercicio de algunos deberes, derechos u obligaciones del progenitor responsable, quién conservará la patria potestad restringida: también puede decidir que ambos progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos quedan bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos, en cuyo caso será éste quien ejerza jurídicamente la patria potestad, y al otro le corresponda la vigilancia y el derecho de visita."<sup>28</sup>

Es interesante observar la posibilidad que existe en la ley de la intervención de distintos familiares en beneficio de los menores, lo que

---

<sup>28</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 330.



podría considerarse como un consejo familiar que puede intervenir ante el juez familiar. En el artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal, se previene que antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, el juez podrá acordar con autorización de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Debemos recordar que cualquier resolución en esta materia podrá ser modificada, atento a lo dispuesto por los artículos 422, 423, 444 fracción III del Código Civil, y también a lo dispuesto por el artículo 94 del Código Procesal.

## **2. La facultad del juzgador para suspender y limitar la patria potestad**

Respecto a éste inciso, y, citando al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal "la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia

que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de éstos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

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

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

Como lo hemos sostenido reiteradamente en la exposición de nuestra tesis y como lo hemos invocado en el ejercicio de la actividad litigiosa, debemos insistir que es trascendental esta norma en la materia del tema que estamos exponiendo, pues sin criterio específico alguno, sin parámetro o línea que permita llegar a una definición o conclusión, se suprimen las reglas anteriores y se otorga al Juez Familiar facultad omnimoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos, se reduce ahora peligrosamente al subjetivismo del juez, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función

de la patria potestad. No obstante lo anterior, hasta la fecha, no hemos tenido la experiencia que nos permita calificar los resultados de esa forma; pero anticipamos que ahora enfrentan los interesados numerosísimos conflictos cuya solución debe quedar a cargo de la jurisprudencia que debe surgir, pues el texto anterior al menos, garantizaba a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar los procedimientos de divorcio.

La fracción III del artículo 444 que hemos venido examinando en las páginas precedentes, agrega que la patria potestad se pierde:

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

El supuesto que se examina está desde luego excluido de las antiguas fórmulas que estaban previstas en el ángulo de la sanción de la sentencia de divorcio. Por el contrario, la hipótesis contemplaba en esta fracción, anticipa que se trata de la pérdida de la patria potestad de quien se encuentra en su pleno ejercicio. De ahí que hemos encontrado un texto que estimamos notoriamente conflictivo, pues exige los siguientes elementos:

- a) Que haya violencia.
- b) Que sea en contra del menor.
- c) Que constituya una causa suficiente para su pérdida.

Véase pues, como la vinculación de los primeros supuestos: Deben tener como generadores cualquiera de las tres alternativas que son su consecuencia, comprometer la salud, o la seguridad o la moralidad de los hijos. De ahí que en la práctica profesional es frecuente recibir clientela que tenga interés en que el otro progenitor de sus hijos que se encuentra en ejercicio de la patria potestad, la pierda. Sin embargo, cuando se les inquiriere sobre las conductas de violencia, o sobre el compromiso de la salud o moralidad de los hijos, no encuentran una fórmula cierta y clara, en la que puedan apoyar sus pretensiones. Creemos por tanto, que las exigencias a las que nos referimos son tan difíciles de probar, que hacen casi imposible el que pueda honestamente llevar al ánimo de un tribunal, pruebas fehacientes que justifiquen esas hipótesis.

La fracción V del mismo artículo 444 que se examina, agrega una causal adicional para la pérdida de la patria potestad, a saber: "Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos.

Debe hacerse notar que se ha cambiado el sentido que estaba vigente en la Ley sobre Relaciones Familiares respecto a la madre o abuela que pasaran a segundas nupcias, pues el artículo 445 vigente dispone que en esos casos, no pierden ellas por ese hecho la patria potestad; agregando el artículo 446, establecía antes de las reformas del 2000 que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior. Este artículo se encuentra derogado actualmente.

Finalmente, en el orden de la suspensión de la patria potestad, el artículo 447 incluye las siguientes cuatro hipótesis:

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

En la visión del orden público que está implícito en toda ésta institución, culmina el capítulo que hemos expuesto del Código Civil vigente, declarando que la patria potestad no es renunciable; pero que aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

No queremos concluir este capítulo sin hacer una breve referencia a la emancipación, que es un tema que subsiste como una reminiscencia de orden académico y que en la actualidad está limitada a apenas dos preceptos, que son los artículos 641 y 643 del Código Civil para el Distrito Federal.

En efecto, ha quedado plenamente definido que se encuentran sometidos a la patria potestad los hijos menores de edad no emancipados. En concordancia con ese precepto, el artículo 646 ordena que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos; disponiendo la regla subsecuente que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Ahora bien, como ya habíamos hablado de la mancipatio en el sistema romano, la emancipación en nuestra tradición jurídica era una fórmula que permitía anticipar la liberación de la potestad paterna y que durante las varias décadas que estuvo vigente el texto original del Código en comento, tuvo oportunidad de aplicarse con frecuencia, ya que desde la promulgación del Código de 1928 hasta la reforma publicada en el Diario Oficial del 28 de enero de 1970, la mayoría de edad comenzaba a los veintiún años; siendo que el texto actual reconoce que ahora se inicia a los dieciocho años cumplidos.

"A la vez, el texto del artículo 642 entonces vigente, y ahora derogado disponía que los mayores de dieciocho años que estuvieren sujetos a patria potestad o a tutela, tenían derecho a que se les emancipara, si demostraban su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses. En esos casos, los padres o tutores podían emancipar a sus hijos y pupilos, siempre que éstos consintieran en su emancipación. A la vez, se derogaron también dos disposiciones que entonces eran complementarias, y que eran las contenidas en los artículos

644 y 645, que preceptuaban que una vez que fuere hecha la emancipación, no podía ser revocada y que fuera del caso de la emancipación por matrimonio del menor de dieciocho años, ésta sería siempre decretada por el juez, y la resolución correspondiente se remitiría al Oficial del Registro Civil para que levantara el acta respectiva."<sup>29</sup>

En la especie pues, la emancipación era una figura jurídica que operaba a favor de aquéllas personas que estaban comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años; si demostraban su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses. Sin embargo, a la vez, quedaban en el orden de la libre administración de sus bienes sujetos al consentimiento de quien lo había emancipado para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad; así como de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; como de un tutor para los negocios judiciales.

Ahora bien, el movimiento de la juventud de nuestro país, encontró eco en quienes tienen a su cargo los poderes para legislar y así, obtuvieron que la ciudadanía se les reconociera a los dieciocho años. Sin embargo, existía en todo ello una incongruencia, pues a la vez que los derechos políticos se encontraban dentro de su capacidad de ejercicio, la capacidad civil estaba aún vedada, hasta que llegaren a los veintiún años. Por tanto,

---

<sup>29</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derechos de los Padres y de los Hijos. 2ª edición, Cámara de Diputados LVIII, Legislatura UNAM, México, 2001. p. 39.

acogiendo las recomendaciones que entonces formulábamos, se presentó la iniciativa que equilibró la mayoría de edad y plena capacidad de ejercicio civil, con la política y de hecho, la emancipación se convirtió en una figura obsoleta. Claro que aún subsiste en el caso concreto previsto por el artículo 641 de la legislación civil vigente, en el que se reconoce que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación y que aún cuando el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

El dispositivo que comentamos es congruente con nuestro sistema jurídico, pues si el fin primario del matrimonio se encuentra en la procreación, no sería lógico que el menor de dieciocho años que se case y que tenga hijos sobre los que ejercerá la patria potestad, a la vez y simultáneamente pudiera estar aún sujeto a la autoridad de sus propios padres. De ahí que como fórmula genérica se reconozca que la unión conyugal que celebre el menor de edad, se traduzca en que quede desembarazado de la sujeción a la que nos hemos referido en todo este capítulo.

De lo antes expuesto, consideramos que, con el Código Civil para el Distrito Federal y las reformas del 25 de mayo del 2000, las facultades del Juez de lo Familiar se convirtieron en poder omnímodo, razón por demás necesaria para que se le resten esas facultades y se le pongan limitantes a



tales atribuciones en beneficio de la familia tan es así que había mejor regulación en el Código Civil inicial de 1928 y en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 respectivamente.

### **3. La pérdida de la patria potestad y la participación del Juzgador**

Como lo señalamos en el inciso anterior, la participación del Juzgador en la pérdida de la patria potestad ha tenido muchos cambios en nuestra legislación civil siendo los del 25 de mayo del 2000, los que vinieron a ampliar las facultades del Juzgador en esta materia.

Haciendo un poco de historia y a efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema, nos es preciso señalar que, el sistema jurídico que ha imperado en la legislación civil del Distrito Federal, ha encontrado en los antecedentes romanos que hemos expuesto, el sedimento básico para su elaboración. "Así en el Código de 1870 se considera a la patria potestad con relación a las personas; reconociendo que los principios de justicia son los adecuados para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos."<sup>30</sup> En este terreno se realizó una notable aportación, ya que el Código de las Partidas y los posteriores de España siguiendo literalmente las leyes romanas habían quitado a la madre la potestad que el Fuero Juzgo le concedía. Sin embargo, la sociedad, cuando

---

<sup>30</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 693.

este cuerpo de leyes entró en vigor ya había depuesto la antigua prevención contra las mujeres. Así el legislador de 1870 podía decir que la distinta educación modifica, si no desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, y que como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento. No era posible ya entonces negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos.

En otro aspecto, la primera Legislación Civil del Distrito Federal no se contentó con ese paso, sino que dando otro, amplió la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo podía alegarse la edad; pero como se les concede facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas operan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante en esta materia y en la de sucesiones, fue no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar; y como en ambas debe intervenir el Ministerio Público, cree que tienen los menores las suficientes garantías.

"En el capítulo final del Código de 1870 se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Esas disposiciones son de

derecho común, a excepción de la que concede a los padres la facultad de nombrar consultores a la madre y abuelas. Este Código y el subsiguiente de 1884 sólo tuvieron cambios en razón de pequeñas modificaciones de origen exclusivamente gramatical."<sup>31</sup>

En este segundo cuerpo de leyes se confirma que el poder paterno está fundado en la naturaleza, que sabiamente puso en el corazón de los padres un amor infinito hacia sus hijos, el cual los hace procurar en todo su felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas aquéllas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público. Esta enseñanza requiere, por parte del hijo, obediencia; y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos; y como ambas cosas están íntimamente grabadas en el corazón humano, se dice que la autoridad del padre sobre el hijo está basada en la naturaleza.

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

El poder de la madre y los ascendientes se ejerce sobre las mismas personas que tiene el padre bajo su potestad, porque siendo el objeto del

<sup>31</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 29.

legislador el que los menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no debía exceptuar de este beneficio a ninguno de ellos, así es, que muerto el padre, la madre en su caso, o los ascendientes, van recibiendo de su antecesor la patria potestad.

La naturaleza misma aconseja el honor y respeto que se deben a los padres, porque ellos son una consecuencia necesaria de la dirección paternal que recibe el hombre desde los primeros años de la vida; más la ley ha querido consignar expresamente que, cualquiera que sean el estado, edad y condición de los hijos, estos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

De acuerdo con lo anterior, los hijos tienen que mantener la reverencia debida a aquéllas personas de quienes recibieron el ser. A la vez, estas tienen la obligación de educar a sus hijos convenientemente, para lo cual gozan de la facultad de corregirlos y castigarlos con templanza y con mesura. En razón de ello, los hijos que estuvieren bajo la patria potestad no podrán dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente, ni pueden comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

Por otra parte, la misma ley se afana por hacer efectiva la educación de los hijos; comprendiendo que en algunas ocasiones no bastarán las templadas correcciones del padre para conseguir tan notable fin.

"En la Ley sobre Relaciones Familiares se reglamenta claramente el Capítulo de la Patria Potestad, comprendida de sus artículos 238 al 269; dividiéndose en tres capítulos específicos: de la patria potestad misma; de los efectos de ella respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y de suspenderse."<sup>32</sup>

En las disposiciones a las que nos referimos en el párrafo anterior, se reitera primariamente el deber de los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, para honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. A la vez, sujeta a esa autoridad a los hijos menores de edad no emancipados y los coloca bajo ella mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde según la ley. Ese poder se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

En esas reglas se dispone que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre; por el abuelo y la abuela paternos y por el abuelo y la abuela maternos. Se especifica igualmente que solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden antes señalado. Se agrega que mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de lo que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

---

<sup>32</sup> PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 3ª edición, Panorama, México, 2000. p. 263.

Se dispone que los que tienen al hijo bajo su potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente; agregando, la facultad de corregir y castigar en forma templada y mesuradamente. Se agrega que quien esté sujeto a ella no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

En materia patrimonial se dispone que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella; teniendo la administración legal de los bienes que les pertenecen. Se agrega que cuando se ejercite conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Corresponderá a los mismos ascendientes representar también a sus hijos en juicio; pero no podrán celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente. A la vez se considera que los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dura la administración, la mitad del usufructo de ellos.

Se prohíbe a los que ejercen la patria potestad enajenar o gravar en modo alguno los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan

al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización de juez competente; reconociéndose que en todos los casos en que quienes ejercen la patria potestad puedan tener un interés opuesto al de sus hijos menores, estos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso. En caso de que se conceda licencia para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, el juez tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se impongan con segura hipoteca a favor del menor.

"En el ángulo de las formas en los que la patria potestad se acaba o suspende, se declara que ella termina por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayor edad del hijo, así como por su emancipación. A la vez, dispone que se pierda cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho. Se preceptúa también que se puede privar o en su caso modificar su ejercicio, si quien la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores."<sup>33</sup>

En el aspecto de la suspensión, esta opera por incapacidad declarada judicialmente; por la ausencia declarada en forma o por sentencia condenatoria que la imponga.

---

<sup>33</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia 3ª edición, UNAM, México, 1990. p. 221.

Se contempla la posibilidad de que los abuelos y abuelas pueden siempre renunciar al ejercicio de la patria potestad; agregándose que cuando ella suceda, el que la renunció no puede recuperarla. A la vez se ordena que la madre o abuela que pasa a segundas nupcias, pierde la patria potestad y si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley; no pudiendo recaer esta, en ningún caso, en el segundo marido. Sin embargo, en éstos casos, se anticipa que si la madre o abuela, volvieron a enviudar, recobrarán los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

Numerosas de las disposiciones que hemos invocado en los párrafos que anteceden, están reiteradas en el Código vigente, en cuyo Libro Primero, Título Octavo, se incluyen tres capítulos similares a los que contemplaba la ley anterior, incluidos en los artículos del 411 al 448.

El artículo 411 de la ley civil vigente reitera el principio moral que impone a los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes; sometiendo a ella en los términos del artículo 412 a los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista alguno de los ascendientes que deja ejercerla conforme a la ley. A la vez, se dispone que dicha función se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, de acuerdo con el artículo 413.

El ejercicio de la función se otorga a padre y madre; al abuelo y abuela paternos y al abuelo y abuela maternos; sin embargo, de acuerdo



con la reforma que recomendamos al comparecer a la audiencia pública a la que convocó el Senado de la República para crear la jurisdicción familiar ya no opera la sucesión preferente de los abuelos paternos con la exclusión de los maternos, tomando para ello las circunstancias del caso, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 414 y 418.

Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad; ordenando que si viven separados se observe en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

A este respecto recordamos que éstas dos disposiciones en su texto original establecían la posibilidad de pactar entre ambos progenitores, quien de ellos ejercía la patria potestad; habiéndose cambiado esos supuestos para que sólo puedan convenir sobre la custodia. A la vez, también sigue ese mismo lineamiento el texto del artículo 417 que ordena que "los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el

párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial."

En caso de adopción, la patria potestad se limita para que pueda ejercerse únicamente por las personas que la realicen.

No obstante los preceptos que hasta ahora hemos expuesto, sin embargo, aún no expone el Código vigente las manifestaciones de este derecho paterno. Sin embargo, en una de ellas aparece la primera indicación en el artículo 422: A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Complementariamente, el artículo 423 amplía la anterior función, concediendo a los que ejerzan ese derecho, la facultad de corregir; pero inmediatamente después le impone al titular la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los que están sujetos. Lo anterior entraña que en el sistema vigente, la potestad paternal se exterioriza mediante dos funciones: la de educar y la de corregir.

En el terreno de la pérdida de la patria potestad, el artículo 444 dispone que ello opera:

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

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

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

Respecto al artículo en comentario, podemos decir, que la resolución judicial o participación del Juez en la pérdida de la patria potestad, es determinante, máxime cuando en la misma lectura del artículo no se le ponen limitantes. El arbitrio del Juzgador es muy subjetivo y no se apega en la mayor de las veces a derecho, es por ello, que en la exposición del presente trabajo, buscaremos los remedios o limitantes legales para éste poder omnímodo.

#### 4. La patria potestad y los derechos de las niñas y de los niños

La patria potestad, deberá ejercerse de acuerdo a lo que establecen los derechos universales del niño. Los documentos relativos a los derechos del hombre son declaraciones que protegen a toda persona, razón por la cual se aplican al niño, con las limitaciones derivadas de la protección que requiere de acuerdo con sus etapas evolutivas.

“El niño gozará de los derechos del hombre proclamados en la Declaración Universal. Tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona y a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen ante los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley. No podrá ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y tampoco son admisibles las injerencias arbitrarias en su vida, su domicilio o correspondencia.<sup>34</sup> Las personas a cuyo cargo se encuentra un menor (padres, tutores, curadores, etc.), será posible la intervención en la medida que fuere necesario para su cuidado y educación. El menor tiene derecho a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión e incluso a la libertad religiosa. El niño es titular de derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, los padres poseen

<sup>34</sup> PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2ª edición, UNAM, México, 1999. p. 62.

con referencia, la facultad de escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos.

Solo destacaremos de la declaración de los derechos del niño aquellos aspectos vinculados al tema de nuestro estudio.

El documento establece que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El menor tiene derecho a recibir educación, en condiciones de igualdad de oportunidades, para desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social.

El interés del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

Finalmente la declaración reitera que el menor debe ser protegido contra toda forma de crueldad, abandono y explotación.

"Esta convención intenta llenar las lagunas existentes en los instrumentos internacionales precedentes. Aunque la comunidad

internacional ha puntualizado que la existencia de un marco jurídico no es suficiente para asegurar la protección del niño, al mismo tiempo ha dado relevancia a la consagración formal de sus derechos, por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas."<sup>35</sup>

La intención de la Convención no es sólo la protección del niño contra la violación de sus derechos humanos, sino que, pretende además, crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

Las disposiciones vinculadas con el tema, en cuanto delimitan sus alcances del ejercicio de la autoridad paterna, son las siguientes:

El artículo 12 establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

El artículo 14 dice que la convención asegura al niño el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, aún cuando reconozca a los padres u otros representantes legales la facultad de guiarlo en el ejercicio de tales derechos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, es decir, conforme a sus capacidades evolutivas.

---

<sup>35</sup> MARCOVICI, Jaime. El maltrato de los hijos. 2ª edición, Edicol, México, 1998. p. 72.

El artículo 16, reconoce el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El artículo 18, dispone que la responsabilidad principal de los padres es la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación primordial será el interés del menor. Al mismo tiempo establece que los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y tutores para el desempeño de sus funciones y velará por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Artículo 19. La Convención impone a los Estados partes la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, mientras el menor se encuentre bajo la custodia de sus padres o de cualquier persona que lo tenga a su cargo, para protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.

Artículo 39. Estas medidas de protección deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales de prevención y tratamiento de los casos de malos tratos. Por otra parte, los Estados se obligan a adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica del niño, en los casos de que haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso.

Artículo 29. Entre los objetivos de la educación del menor, vinculados con nuestro tema, se haya, por un lado, el desarrollo de su personalidad, aptitudes, capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades. Esto significa tener en cuenta en la tarea educativa, las particulares capacidades del menor en cada momento de su evolución. Por otro lado, es necesario inculcar al niño el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

De acuerdo a los derechos universales del niño y demás acuerdos internacionales, podemos resumir que los Estados partes deberán asegurar la protección y el cuidado que sean necesarias para el bienestar de los infantes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, considerando las medidas legislativas y administrativas adecuadas y reconociendo que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y por lo tanto debe garantizársele en la misma medida posible, la supervivencia y el desarrollo del mismo.

De igual manera señala el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Se deberá velar porque el menor no sea separado de sus padres contra la voluntad de éste, excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés del niño.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Se propone adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de los menores al extranjero, así como su retención, para lo cual se debe promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educaciones, para proteger a los menores contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como para impedir que se utilice al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, tomando las medidas necesarias de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir la explotación del niño, en la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales, en espectáculos o materiales pornográficos; impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin y protegerlos contra toda forma de explotación en perjuicio de su bienestar.

También se debe velar porque ningún sea sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptándose medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica así como su reintegración social, en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y su dignidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## **5. Aspectos positivos y negativos de la facultad del Juzgador en materia de patria potestad**

El tema de la patria potestad que hemos venido expresando en el cuerpo de este trabajo sirve como índice directo de una jerarquía gradual, no considerada expresamente en el texto del artículo 267 del Código Civil, en las causales de divorcio, en las que no existía clasificación alguna que determinara cuáles tenían mayor o menor gravedad. Más sin embargo, la regla que estuvo vigente a partir de la aplicabilidad del Código Civil en 1932, señalaba indirectamente fórmulas que establecían cierta jerarquía en cuanto a la trascendencia del divorcio, tenida cuenta que en todo el catálogo de las causales, con excepción de las previstas en su artículo 268 y en el divorcio voluntario, se consagraba la sanción de pérdida de la patria potestad, como consecuencia de ser culpable del divorcio.

El precepto que se examina, realizaba una doble clasificación en los siguientes términos:

1. Aquellos casos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267 en las que el culpable del divorcio perdía para siempre el ejercicio de la patria potestad.
2. Aquéllas otras causas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, en las cuales el culpable del

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

divorcio, aunque perdía la patria potestad, no lo era en forma definitiva ni para siempre, puesto que se anticipaba la posibilidad de que falleciera e cónyuge inocente, a quien se le hubiere reservado el uso exclusivo de esa función, y así la recuperaba.

El examen del catálogo que hemos comentado en los párrafos, que anteceden, nos permitieron elaborar un criterio en cuanto a la mayor o menor gravedad de la conducta que provocaba el divorcio, y esos textos normaban las consideraciones y resoluciones de los jueces competentes.

En la actualidad los aspectos positivos que pueden desprenderse de la facultad omnímoda del Juzgador para decretar la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad son los siguientes:

- Dar celeridad al procedimiento.
- En caso de favorecer o querer hacerle un beneficio al menor lo puede hacer.
- Si se hace un estudio jurídico, médico y pericial adecuado, la patria potestad se concederá al padre adecuado.
- Respecto a la economía de los padres puede ser beneficio a efecto de agilizar el burocratismo existente en los Juzgados.

TESIS CON  
FALTA DE CIPICEN

Ahora bien, respecto a los aspectos negativos de la facultad del Juzgador en materia de patria potestad, son los siguientes:

- El Juez de lo familiar y su facultad para suspender o limitar y conceder la patria potestad es amplísima, (se debe limitar).
- Se presta a actos de corrupción la amplísima facultad que tiene el Juez en materia de patria potestad.
- Se deben poner candados o limitantes a la facultad del Juez en esta materia para que las partes litigiosas estén en igualdad de circunstancias.
- En la mayoría de las veces el Juez de lo Familiar en materia de patria potestad no toma en cuenta los dictámenes o inspecciones oculares que ordenan y que toca realizar a los actuarios peritos o secretarios del juzgado para otorgar, limitar o suspender la patria potestad.

En base a lo anterior, consideramos que son tiempos de cambio, y en lo jurídico es donde más deben gestarse y poner en práctica la igualdad y justicia del derecho, es por ello, que nuestros legisladores, deben estar lo más preparados posible para iniciar leyes que en lugar de perjudicar a la familia la beneficien y no hacer leyes al vapor que comprometan o no sean igualitarias para las partes contendientes.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**CAPÍTULO 3**  
**NECESIDAD DE LIMITAR LA FACULTAD DEL JUEZ EN MATERIA**  
**FAMILIAR**

Como lo hemos venido sosteniendo, el Juez de lo Familiar tiene un poder amplio y bastante para resolver en controversias relacionadas a la patria potestad, así el artículo 414, en su segundo párrafo establece que "A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancias prevista en éste ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso." Lo anterior, es sólo un ejemplo de la amplísima facultad que tiene el Juez de lo Familiar para resolver en materia de patria potestad de igual forma el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal le reconoce tal facultad el 417, 418, 424, 427, 436, 437, 441, 444, 444-Bis y 447, entre otros.

Como podemos ver, la facultad casi total del Juez de lo Familiar es bastante para resolver de los casos de patria potestad por lo que es urgente limitarla.

**1. La conveniencia de controlar la facultad omnímoda del Juez de lo Familiar**

Ayudado, por la discusión entre las partes, el juez debe resolver las dudas, y decidir. Decidir quiere decir, precisamente, cortar por el medio.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Por difícil que sea encontrar el cuchillo que separe la razón de la sinrazón el juez tiene que emplearlo. Hubo un tiempo en que se admitía que el juez pudiera decir non liquet, no lo veo claro. Pero el Estado moderno no puede permitir que él no administre justicia; la necesidad de justicia, se dice, debe ser satisfecha en todo caso. Dentro de poco veremos si no es ésta una proposición enfática, que no responde perfectamente a la realidad.

La decisión es una declaración de voluntad del juez, no solamente un juicio. Aquí conviene recordar la diferencia ya indicada entre la decisión del juez y la del consultor; ésta última es precisamente una declaración de ciencia; aquélla es una declaración de voluntad: el juez, no sólo juzga sino que manda, expresa su opinión y quiere que se le siga. No todas las declaraciones de voluntad del juez son decisiones; otras veces pronuncia órdenes (que se llaman precisamente ordenanzas) para regular el curso del proceso (por ejemplo, para hacer arrestar a un imputado o hacer que comparezca un testigo). Y no todas las decisiones adoptan forma de sentencias; sentencia es la decisión solemne que pronuncia el juez para concluir el proceso penal o el proceso civil contencioso; al lado de la sentencia están los decretos, con los cuales provee normalmente el juez, en el proceso civil voluntario (por ejemplo, cuando concede o niega al esposo la autorización para enajenar un bien total, decide, no por medio de una sentencia, sino por medio de un decreto).

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## TESIS CON FALLA DE ORIGEN

La decisión puede ser positiva o negativa: es positiva cuando el juez pronuncia su juicio sobre el negocio, sobre el litigio o sobre el delito que ha constituido el objeto del proceso; es negativa cuando juzga que no puede juzgar sobre él, por ejemplo, porque no es competente o porque una de las partes no está legitimada para accionar o para contradecir (lo cual significa que no es la persona idónea para hacer valer el derecho que quiere hacer que se reconozca, o para discutirlo), o porque la demanda no se propuso en las formas que la ley prescribe bajo pena de nulidad. En tales casos decimos que el juez juzga sobre la procedibilidad, es decir, sobre la posibilidad de conducir el proceso, y no sobre el mérito, es decir, sobre el negocio, litis o delito deducido en el proceso; y es evidente por qué aquí la decisión es negativa: el proceso se resuelve en estos casos en una nada de hecho; se podría hablar de un proceso abortado. La ley, con diversos expedientes, trata de reducir al mínimo estos casos que ocasionan una pérdida para la parte o para el Estado; pero no puede conseguirlo más que hasta cierto punto; el dispositivo procesal es complicado y difícil de manejar, de manera que humanamente no se pueden excluir los errores y con ellos la posibilidad de que el proceso termine con decisión negativa.

Hay otra hipótesis en que puede parecer que deba adoptarse una decisión negativa: esa hipótesis difiere de la recién indicada en que deriva, no de un error, sino de una imposibilidad es la hipótesis del fracaso de la prueba. El juez, por definición, ignora al comienzo del proceso los hechos sobre los que tiene que juzgar; si los conociera, sería un testigo, el medio a

través del cual llega a conocerlos, son las pruebas, al comienzo, el camino que tiene él que recorrer, está en sombras; son las pruebas las que lo iluminan. Pero puede muy bien ocurrir que las pruebas no lleguen a procurarle la cantidad de luz que necesita para ver con claridad a esa situación corresponde la fórmula del non liquet, recientemente recordada. Realmente, en esa hipótesis la situación sería tal que reclamara una decisión negativa si no conoce los hechos, ¿cómo va a juzgar el juez? También aquí debería juzgar que no puede juzgar. Pero hay exigencias prácticas que no consienten esta solución, al menos en lo que concierne al proceso penal y al proceso civil contencioso: por una parte, perjudicaría a la paz social que el litigio permaneciera abierto; por otra, cuando a una persona se le imputa un delito, no puede ella permanecer así, bajo el peso de la imputación.

En tales casos, pues, preciso es decidir sobre el mérito, aunque falten los medios para tal decisión. Lógicamente, es claro que si tales medios son las pruebas, para decidir a pesar de su defecto, hay que encontrar un subrogado de la prueba. Este concepto del subrogado de la prueba elaborado por la ciencia moderna del proceso, se funda en una experiencia antigua baste recordar el duelo judicial, que servía poco más o menos para establecer quién tenía razón y quién no la tenía, por lo menos cuando no era posible comprobarlo de otro modo. En el ordenamiento actual el subrogado procesal consiste en un instituto al que hemos tenido ya



ocasión de referirnos con el nombre de carga de la prueba. En pocas palabras, se establece un criterio en virtud del cual la insuficiencia de las pruebas perjudica a una de las partes y beneficia a la otra.

En materia civil el criterio adoptado es el del interés; la insuficiencia de las pruebas, se resuelve en daño de aquélla parte que tiene interés en probar un hecho y no lo consigue, por ejemplo, puesto que quien reclama el pago de un crédito tiene interés en probar la existencia del crédito, si no se da la prueba de ese crédito el juez debe considerar que el crédito no existe; por otra parte, puesto que el deudor a quien se exige el pago de su deuda tiene interés en probar que la lo pagó, si la prueba del pago no se consigue, considera el juez que no se ha pagado. Así el juez juzga en realidad, no tanto sobre hechos conocidos, como sobre hechos presuntos, en virtud de un criterio, no de certeza, pero sí de probabilidad.

Al declarar la certeza de la existencia de una obligación o de un derecho, y también al condenar que se cumpla la obligación o se respete el derecho, el juez no agrega, sin embargo, nada a lo anteriormente existente, excepción hecha de la certeza; el deudor y el acreedor, el propietario y el poseedor, continúan como antes, en el sentido de que también antes el acreedor era acreedor y el propietario era propietario, de nuevo hay únicamente estos, que antes el derecho existía, pero no estaba declarado cierto; es decir, antes se le podía discutir, y después no. Pero hay casos en

que la decisión del juez agrega, en cambio, algo a la situación jurídica tal como antes existía: por ejemplo, cuando uno de los cónyuges comete contra el otro ciertos actos incompatibles con los deberes matrimoniales (por ejemplo, malos tratos, sevicias, injurias graves), la ley admite que desaparezca entre ellos la obligación de cohabitación, y atribuye al cónyuge ofendido el derecho a vivir separado; pero este derecho no existe más que cuando el juez lo declara cierto; en tal caso la sentencia no constituye una pura y simple declaración de certeza, sino una declaración de certeza constitutiva, por cuanto constituye un derecho que de lo contrario no existiría.

Retomando el tema que nos ocupa, podemos decir que para limitar las facultades amplísimas del Juez de lo Familiar, el legislador y juzgador, deberán tomar en cuenta al sujeto principal de esta obligación que es el menor, por medio de sus padres o tutores, médicos o representantes que busquen el bienestar del menor en todos los aspectos, su desarrollo armónico en lo humano, espiritual y religioso para lograr una formación integral del mismo. El interés del menor está claramente destacado en nuestra legislación, especialmente en los artículos 283, 284 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal.

El primero señala de manera genérica, que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más

amplias facultades para todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

El segundo artículo previene que antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los menores, de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores. El último previene que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente.

De las disposiciones legales se destacará el interés que el legislador tiene por el menor, y conviene preguntar: ¿Quién debe decidir sobre lo que le conviene al menor? De ser posible los padres, ya que ellos son los que conocen al niño y saben cuáles son sus necesidades; si no pueden estos ponerse de acuerdo, será el juez quien resuelva cada caso en particular.

Aun cuando hay consenso en la doctrina sobre que debe tomarse en cuenta la opinión del menor, estimo que conviene tomar en cuenta su edad y madurez, pues como sujeto de esta relación jurídica tiene un derecho propio para poder expresar su opinión.

## 2. Facultades del Juez de lo Familiar en materia de divorcio

Cuando exista separación o divorcio de quienes ejercen la patria potestad, ambos seguirán teniendo el ejercicio de la misma, y por tanto deberán continuar en el cumplimiento de los deberes que éstas les impone, sin embargo, se podrá acordar por convenio entre los ascendientes o por resolución del Juez de lo Familiar sobre lo relativo a la guarda, la custodia y las visitas con respecto a los menores.

En relación con lo anterior el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente.

Artículo 416. Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor conforme a las modalidades previstas en el convenio o en la resolución judicial.

Los que ejercen la patria potestad tienen el derecho, aún cuando no tengan la custodia de los menores, a la convivencia con sus descendientes, excepto cuando dicha convivencia represente un peligro para la integridad física, psicológica o moral del menor. Por lo tanto, no podrá impedirse ni a los padres o ascendientes ni a los hijos o descendientes la convivencia mutua sin causa justificada y mediante la intervención del Juez de lo

Familiar, quien deberá resolver en atención al interés superior del niño. Es por esto que sólo mediante resolución judicial podrá perderse, suspenderse o limitarse el ejercicio de la patria potestad.

“La patria potestad sobre la persona del menor adoptado la ejercerán, si se trata de adopción simple, únicamente el o los adoptantes; y en el caso de la adopción plena los adoptantes; y en caso de que fuera necesario, como ya se explicó antes, los ascendientes de éstos como si se tratara de un hijo consanguíneo.”<sup>36</sup>

Cuando quienes deben ejercer la patria potestad no lo hagan como corresponde, y especialmente cuando no cumplan con la obligación de respeto y de proporcionar una educación conveniente y adecuada, se podrá dar aviso al agente del Ministerio Público de lo familiar para que tome las medidas necesarias y promueva ante el Juez de lo Familiar las acciones que beneficien al menor.

Los que están sujetos a la patria potestad no pueden acudir a juicio, ni contratar, ni vender, rentar, hipotecar o realizar transacción jurídica alguna sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. En caso de que exista conflicto entre quienes la ejercen y el menor, se podrá acudir ante el Juez de lo Familiar para que resuelva sobre la diferencia.

---

<sup>36</sup> BARCENA, Andrea. Textos de Derechos Humanos sobre la niñez. 2ª edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1999. p. 176.

Finalmente hablaremos sobre las formas de extinción, pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad.

En primer lugar, el ejercicio de la patria potestad se acaba por muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en la que recaiga; con la emancipación del menor por matrimonio, o bien por la mayoría de edad del hijo.

En segundo lugar, el ejercicio de la patria potestad se pierde por resolución del Juez de lo Familiar, cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, en los casos de divorcio, tomando en cuenta los actos de violencia familiar y las medidas de seguridad necesarias para proteger a los menores de tales actos; cuando las costumbres depravadas, viciosas, los malos tratos y el abandono por parte de quienes ejercen la patria potestad pongan en peligro la salud, la seguridad o la moral del menor, aun cuando estos actos no estuvieran considerados como delitos; por exposición (por ejemplo, cuando se deja en un espacio público a un recién nacido sin ningún dato que pueda revelar su origen o filiación) o por abandono por más de seis meses (por ejemplo, cuando queden solos en una casa al cuidado de otros menores, o cuando los dejen al cuidado de un pariente o de algún conocido y no regresen por ellos); cuando quien la ejerza sea condenado por un delito donde el menor

sea la víctima y cuando quien la ejerce sea condenado dos o más veces por un delito grave.

En tercer lugar, la patria potestad podrá ser limitada en caso de que quien ejerza la patria potestad incurra en las conductas de violencia intrafamiliar contempladas en el Código Civil; y finalmente la patria potestad se suspende por incapacidad de quien debe ejercerla, declarada por un juez; por la declaración de ausencia declarada por un juez y por sentencia condenatoria en la que se condene expresamente a la suspensión de éste derecho, al desaparecer alguna de las situaciones anteriores que haya dado causa a la suspensión, se recuperará el ejercicio de la patria potestad siempre con conocimiento y autorización del juez que declare tal hecho.

Quienes ejercen la patria potestad y contraigan nuevo matrimonio, conservarán el ejercicio de la misma; sin embargo, el nuevo cónyuge no tendrá éste derecho sobre los hijos del matrimonio anterior de su esposo o esposa.

En resumen, la patria potestad es una institución jurídica que tiene como base la filiación. Es a través de ésta que se establecen un conjunto de derechos y obligaciones al padre y a la madre y a los abuelos tanto paternos como maternos, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, con el fin de que puedan cumplir con el deber de crianza, custodia,

cuidado y educación de sus hijos (nietos, hermanos o pupilos), así como el de la administración de sus bienes y su representación, hasta su mayoría de edad o su emancipación.

De acuerdo con el Código Civil las medidas provisionales serán susceptibles de determinarse por el Juez de lo Familiar, una vez presentada la demanda de divorcio o antes, en casos de urgencia.

Estas medidas son:

- a) "La separación de los cónyuges o concubinos de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles.
- b) Señalar y asegurar los alimentos para el acreedor alimentario y/o para los hijos.
- c) Las que se crean necesarias para proteger los bienes de los cónyuges, los de la sociedad conyugal o los de los concubinos.
- d) Las medidas precautorias que el juez considere pertinentes en los casos en que la cónyuge o concubina se encuentre embarazada.
- e) Fijar la custodia de los hijos.
- f) La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado por alguno de los cónyuges, concubinos o parientes agresores en los términos del artículo 323-Ter.



- g) **Las medidas necesarias para evitar actos de violencia intrafamiliar.**<sup>37</sup>

En ningún caso pueden los padres desconocer las obligaciones que tienen para con sus hijos. Los presupuestos que establece el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, como posible es la resolución judicial, en el sentido de que el cónyuge pierda la patria potestad, se le suspenda en su ejercicio o se le limite y, en el último caso, cuando conservando la patria, la custodia la tenga el cónyuge sano, no liberan en ningún caso, ni aún en la pérdida de la patria potestad al padre o la madre de sus responsabilidades, pues quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta disposición es de extraordinaria importancia y de estricta justicia toda vez que ningún padre puede desconocer su responsabilidad.

Surgen problemas en relación al cumplimiento de estas obligaciones en los dos primeros casos, es decir, cuando la patria potestad se pierde o suspende. La obligación de dar alimentos es evidente y obligatoria, pero la de ejercitar algunas acciones o representar a los menores, en casos de que el cónyuge que conservara la patria potestad no lo pudiese hacer, sería una obligación supletoria.

---

<sup>37</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 60.

Los otros deberes originados de la patria potestad se pierden o suspenden, pues no es posible que sin hacer vida en común, puedan ambos padres ejercer esos deberes. Por eso podríamos señalar que los deberes derivados de la patria potestad se pierden o suspenden, y las obligaciones se conservan.

Los cónyuges tienen derecho a solicitar el divorcio necesario cuando el otro infiera actos de violencia intrafamiliar a él o a sus hijos; también lo podrá solicitar cuando el cónyuge agresor no cumpla con las medidas de protección, resoluciones o determinaciones de la autoridad judicial (civil o penal) o administrativa (unidades delegacionales de atención a la violencia intrafamiliar). Lo anterior es causa de pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad o la tutela en su caso.

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, también faculta al juez para decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos, sin necesidad de pegarse necesariamente a favor del cónyuge inocente, de ahí de que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llegan a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva para éstos, esta determinación resultará legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio; salvo que esa causa por su naturaleza impida

por sí misma que esa conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación, integración socio-afectiva de los menores.

Respecto a los alimentos el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal que regula esta situación fue modificado. Originalmente se decía que los consortes divorciados tenían la obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia de sus hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aun cuando sean mayores de edad hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente. Este artículo fue modificado y la redacción actual dice:

"En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de éste Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad."

Con ésta modificación se igualó a los hijos e hijas debido a la presión igualitaria ejercida por quienes proponen una igualdad absoluta de ambos sexos, sin darse cuenta que en algunos casos se causan verdaderos perjuicios a la mujer.

En primer lugar debemos destacar que no se hace referencia a cuál clase de divorcio se refiere el legislador, por lo que ésta disposición es aplicable, tanto al divorcio necesario como al voluntario. En ambos casos los consortes están obligados a la alimentación de sus hijos.

En segundo lugar, parece injusta esta disposición. La obligación de los padres divorciados en materia alimenticia se limita hasta que los hijos lleguen a la mayor edad, lo cual puede ser injusta, pues no siempre a la mayoría de edad están los hijos capacitados para su propia subsistencia, máxime que actualmente se requieren estudios más prolongados y, en la mayor parte de los casos, los hijos no están capacitados para costearse esa educación; esto, sin olvidar los casos de incapacidad de los hijos o hijas por enfermedad, lo que les impedirá ser autosuficientes.

Además, ésta disposición parece contradictoria comparándola por lo dispuesto con los artículos 308 y 320 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal. El primero señala, que los alimentos comprenden en su fracción I la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto. Asimismo, respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Parece que el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal plantea un caso especial que se aplica sólo a divorciados e hijos de los

divorciados y que su obligación se limita hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad, lo cual parece totalmente ilógico, injusto y contradictorio con las demás disposiciones relativas a alimentos.

Estimamos que, independientemente de la referencia a la mayoría de edad, la obligación alimentaria de los padres persiste de ser necesario, con base a las disposiciones generales sobre alimentos que se contienen en el Código Civil para el Distrito Federal.

Sobre el particular existe sentencia en los Tribunales Colegiados haciendo referencia al artículo 239 del Código Civil de Veracruz (semejante al 308 del Distrito Federal) que expresa que "la obligación que tienen los padres de dar lo necesario para los gastos educativos de los hijos, sólo la tienen respecto de los menores de edad, por lo que es claro que por lo que se ve a los mayores, éstos deben demostrar en juicio natural en forma indudable la necesidad de que sus progenitores le sigan proporcionando alimentos por este concepto. Sin embargo, atendiendo la realidad de que los hijos no están en capacidad de satisfacer sus necesidades educativas tan pronto ajustan la mayoría de edad, otra resolución expresa que aunque la demanda de los alimentos definitivos ha cumplido su mayoría de edad y no tenga trabajo u oficio que le reporte recursos económicos suficientes para subsistir por sí misma, ni desaparece la obligación de su parte de proporcionárselos, porque sus necesidades alimentarias no se satisfacen automáticamente por la comprobación de dichas circunstancias."<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 537.

En esta materia también se presentan problemas prácticos para determinar su cuantía. Sobre esta materia, conviene remitirnos a lo ya dicho para la determinación de la cuantía provisional mientras el juicio de divorcio se resuelve.

En general en nuestro ambiente, los padres buscan evadir el cumplimiento de esta obligación cuando los hijos quedan bajo la custodia y patria potestad de la madre. No sólo argumentan escasos recursos, que muchas veces en complicidad con las empresas donde trabajan, comprueban que los jueces, sino que también oponen toda clase de argucias para evitar que se les descuente la pensión que corresponda en justicia para el cónyuge inocente y sus hijos.

Estimamos que faltan en nuestra legislación reglas más claras y precisas, y posibilidades para una pronta y expedita administración de justicia, para resolver estos casos que se tornan angustiosos para muchas mujeres abandonadas y sin recursos para la alimentación de sus hijos.

### **3. Facultades del Juez de lo Familiar en el concubinato**

Como sabemos, todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad. El Juez de lo Familiar estará facultado para

intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y los Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Como sabemos, no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial. Lo anterior no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

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

Podrá acudirse al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Las copias respectivas de la comparecencia y demás documentos, serán tomados como pruebas, debiendo relacionarse en forma pormenorizada con todos y cada uno de los hechos narrados por el compareciente, así como los medios de prueba que presente, haciéndole saber el Juez al interesado que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio para conocer de su procedimiento y como consecuencia, éste ordenará dar parte a la institución de Defensoría de Oficio para que, en su caso, asesore o patrocine a éste. Una vez hecho lo anterior se correrá traslado, a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer



las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento, o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativo para las partes acudir asesoradas, y en este supuesto, los asesores necesariamente deberán ser licenciados en derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un defensor de oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.

Ahora bien, respecto a las facultades del Juez de lo Familiar en el concubinato podemos decir, que la patria potestad se origina de la filiación. Es un deber y una obligación con cargo a los padres, y una respuesta de los hijos a honrar y obedecer a sus padres.

El ejercicio de la patria potestad puede ser por ambos concubenarios, o por uno de ellos.

ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA

Si viven separados, se observará, en su caso, lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, que establecen la forma y manera como se reconocen hijos y quién ejercer la custodia. Por ejemplo, si el padre y la madre no viven juntos y ambos reconocen al mismo tiempo, entre ellos decidirán quién ejerce la custodia, y de no ponerse de acuerdo, el Juez de lo Familiar decidirá. En caso de reconocimiento sucesivo, quien reconozca primero, si no viven juntos, ejercerá la custodia.

Para el caso de separación de los concubinarios, el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, señala la regla, al decir que cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio, vivan juntos, se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta el interés del hijo.

Durante mucho tiempo se consideró que el matrimonio era la base de la familia; sin embargo, como se desprende de todo lo anterior, la realidad es que la familia se funda en el parentesco de sangre, por afinidad o civil (adopción), que existe, haya o no matrimonio de por medio. Sin embargo, la forma en que el Estado pueda intervenir para mantener, organizar y proteger a la familia y a sus integrantes es mediante un orden jurídico en el que se establece como condición contraer matrimonio en los

términos de la ley (Código Civil o Familiar). Éste será el mecanismo para que se puedan ejercitar todos los derechos, así como cumplir con todas las obligaciones que nacen entre los cónyuges, sin ningún tipo de limitación o exclusión. En resumen, el matrimonio es un Estado de derecho que faculta a los consortes para hacer valer todas las disposiciones de carácter familiar ante la autoridad judicial, no así las uniones de hecho en las que sólo que se cumpla con los requisitos para ser consideradas como concubinato, se podrán ejercer determinadas acciones y recursos legales por los integrantes de la pareja, como son la solicitud de los alimentos, de algunos derechos sucesorios y la protección contra actos de violencia intrafamiliar; es importante recalcar que si no se cumple con tales requisitos, los concubinos no podrán hacer valer las disposiciones de carácter familiar que les corresponde.

“El matrimonio es la común finalidad que tienen un hombre y una mujer de formar una familia y mantener un estado de vida permanente, reconocido por la sociedad y sancionado por el Juez del Registro Civil para todos los efectos legales a que haya lugar.”<sup>39</sup> El Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 146 y 147 establece: El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige. De otro modo, el matrimonio carecerá de validez jurídica.

---

<sup>39</sup> DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 10ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 267.

El concubinato es la común finalidad que tienen un hombre y una mujer de formar una familia y de mantener un estado de vida permanente reconocido por la sociedad, pero que no está sancionado por el orden jurídico, esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil. El artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal establece los requisitos para el reconocimiento jurídico de los derechos y obligaciones que derivan de este tipo de uniones: 1) Que la pareja haya vivido junta como si fueran cónyuges durante dos años y ninguno si han tenido hijos durante el tiempo que hubieron convivido como pareja, siempre que ninguno hubiese estado unido en matrimonio con otra persona. En resumen, es la unión sexual de un solo hombre con una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran matrimonio en forma constante por un periodo no menor de dos años, o menor si han tenido hijos.

Por lo que hace a los esposos, tenemos en un primer grupo de derechos y obligaciones como cónyuges: el derecho a la vida en común, el derecho a la relación sexual, el derecho a la fidelidad y el derecho a los alimentos; de igual forma se imponen obligaciones recíprocas respecto de estos derechos, como son la obligación de vivir juntos o de tener el mismo domicilio al que se llamará domicilio conyugal, y en el que ambos gozarán de igual autoridad y derechos; la obligación del débito carnal, la cual es necesaria si consideramos que el matrimonio tiene como fin la

perpetuación de la especie; la obligación de fidelidad que implica una conducta decorosa y evita actos que ataquen a la honra y al honor del otro cónyuge; la obligación de dar alimentos, que comprenden comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad; en este último caso, el cónyuge tendrá derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien se encargue del sostenimiento del hogar, y para garantizar el pago de los alimentos, podrán demandar ante la autoridad judicial correspondiente el aseguramiento de tales bienes o ingresos; finalmente, existe la obligación de abstenerse de realizar actos que generen violencia familiar.

En el caso del concubinato, existen disposiciones que regulan algunos aspectos jurídicos que nacen de este tipo de relación entre los concubinos y sus descendientes.

En primer lugar, podemos señalar la obligación que existe entre los concubinos de darse alimentos, en la misma forma en que lo harían los cónyuges en su caso, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos por el propio Código (artículos 288, 302 y 1635 del Código Civil para el Distrito Federal). El monto que ha de pagarse por concepto de alimentos será determinado por el juez, quien tomará como base para la determinación de los mismos, la capacidad para trabajar de los concubinos y su situación económica. También se establece el derecho de cada uno a que se respete su integridad física y psicológica, esto es a no ser víctimas

de violencia intrafamiliar (artículos 323-Bis y 323-Ter del Código Civil para el Distrito Federal).

"En este caso no existe régimen de bienes, pero se equiparará a la separación de bienes ya que cada uno entra al concubinato con bienes propios y adquiere bienes con sus respectivos nombres conservando tanto la propiedad como la administración; también se consideran propios de cada concubino los salarios, los sueldos, las ganancias por servicios personales, profesionales, comerciales o industriales. Si alguno de los concubinos causare daño o perjuicio a los bienes o patrimonio del otro, el concubino afectado podrá demandar judicialmente al culpable el resarcimiento del daño."<sup>40</sup>

En la actualidad y, después de las reformas del 25 de mayo del 2000, los artículos 291-Bis al 291-Quintus, referido al concubinato establecen a grandes rasgos lo siguiente.

La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

---

<sup>40</sup> CIIÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. p. 231.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Para el concubinato deberán regir todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que le fueren aplicables.

El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en éste código o en otras leyes. Asimismo, al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que se otorga en el párrafo citado podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Como podemos ver, al concubinato con las reformas del 25 de mayo del 2000, se le equiparó con el matrimonio y por lógica las facultades del

Juez en materia de patria potestad son igual de amplias que en el matrimonio.

#### **4. Facultades del juzgador en patria potestad**

Sin querer tomar el papel de conservador o apegarnos a legislaciones jurídicas que ya pasaron, podemos decir, que la regulación que se hacía en materia de patria potestad, sobre todo en lo que a las facultades se le concedían al juzgador estaban mejor reguladas antes de las reformas del 25 de mayo del 2000.

En la actualidad el legislador actuando desde, nuestro particular punto de vista, sin un criterio jurídico específico ni parámetro ni línea social ni familiar se otorgó al Juez de lo Familiar facultades "Omnímodas" para resolver lo que a su juicio sea procedente en materia de patria potestad y en general, a todo lo referente a resolver en controversias del orden familiar.

De ahí, de manera peligrosa y temeraria queda al arbitrio del juez la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad.

La anterior disposición y a pesar de estar contemplados en nuestro Código Civil la pérdida, limitación y suspensión de la patria potestad el



Juez con éste poder omnimodo hace caso omiso de las circunstancias de hecho y de derecho que debe tomar en cuenta para que los padres gocen o se les prive del ejercicio de la patria potestad, razón por la cual consideramos que el Juzgador debe tomar en cuenta los resultados que aporten en su momento las pruebas periciales pertinentes para decretar quien de los padres podía ser el idóneo para ejercer este derecho, o en su defecto la institución correspondiente en la cual se depositara al menor. El Juzgador deberá tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto para tratar de ser lo más proporcional e igualitario que se pueda en cuanto a derecho se refiere tomando siempre en cuenta lo que más le convenga al menor.

##### **5. Aspectos positivos y negativos de controlar la facultad del Juez de lo Familiar.**

El problema de la relación entre la eficacia del derecho y la justicia va a tropezar, como todas las investigaciones que hacen referencia a este valor, con el problema de la delimitación del concepto justicia.

Queremos apuntar que, para nosotros, la justicia no es algo que el derecho consiga por sí solo. La consecución de la justicia requiere de una serie de factores extranormativos, ligados a la aplicación de las normas, esto es, a su eficacia.

No es suficiente que el legislador prevea soluciones justas. Estas soluciones en gran medida estarán condicionadas a la forma de aplicación del derecho y, en parte, a los medios existentes para hacerlo eficaz.

Así como psicológicamente basta la existencia del derecho para dar cierta seguridad, no basta la existencia del derecho para estimar que hay justicia. La justicia está, en mucho ligada al momento y a los criterios de aplicación de la norma.

El concepto justicia se liga a la idea de igualdad, protección al débil, respeto a la persona. Desde Aristóteles se ha hablado de una justicia conmutativa y una justicia distributiva. La segunda parte de un tratamiento desigual a los hombres y a los hechos, en la medida en que los hombres y los hechos son diferentes. Si se da un trato jurídico igual a personas y hechos que en la realidad son desiguales, además de plasmar una norma injusta, se está plasmando una norma ineficaz, o sin sentido. Aquí cabe citar la frase irónica de Anatole France en el sentido de que "La ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar en las calles, dormir bajo los puentes y robar el pan."<sup>41</sup>

Dice García Maynez: "cuando la iniquidad de una prescripción o la de todo un ordenamiento rebasa ciertos límites, los destinatarios no se sienten sometidos al derecho, sino a la fuerza, y tal convencimiento no

---

<sup>41</sup> Cit. Por. BONIFAZ ALFONZO, Leticia. El problema de la Eficacia del Derecho. 2ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 199.

pocas veces los induce a adoptar actitudes de rebeldía."<sup>42</sup> Esto quiere decir que existe la tendencia a desobedecer las normas injustas. La desobediencia no va a generar ineficacia por sí sola, ya que tendría que verse si se aplica, por la fuerza, la norma injusta a los desobedientes. Asimismo, habría que ver en qué casos la fuerza es insuficiente para frenar la desobediencia.

El hecho de que los súbditos estén convencidos de que el ordenamiento jurídico es justo en mayor o menor grado, continúa diciendo tendrá como efecto inmediato el robustecimiento de su eficacia, y ésta a su vez, hará que en el seno de la comunidad se realicen no pocos valores de carácter consecutivo, el orden, la paz y todos los que derivan de sentimientos como respeto a las instituciones, el de seguridad y el de concordia.

Consideramos que, de verdadera eficacia del derecho únicamente puede hablarse cuando la aplicación de sus normas se hace de manera adecuada el dato que acabamos de mencionar deriva, en buena medida, de la justicia de los preceptos legales o, al menos, de la creencia de que regulan en forma justa las relaciones interhumanas.

De nada sirve que esos derechos y deberes queden plasmados con contenidos justos si no existen medios para ejercitarlos o para hacerlos cumplir, es decir, si la norma que los contiene es ineficaz.

---

<sup>42</sup> GARCÍA MAYNIEZ, Eduardo. *Diálogos Jurídicos*. 3ª edición, Porrúa, México, 1998. p. 373.

La determinación de la eficacia en función de la consecución de propósitos o fines va a ser mucho más fácil respecto de una ley u ordenamiento específico que de la totalidad del orden jurídico.

Normalmente, en las exposiciones de motivos de las leyes o en los considerandos de los decretos y acuerdos se hace referencia al propósito de la norma. Además de estos propósitos que se hacen explícitos, pueden existir propósitos implícitos.

Respecto a los aspectos positivos y negativos de controlar la facultad del Juez de lo Familiar destacan los siguientes.

#### Aspectos positivos

- No ir en contra de los intereses de la familia y el menor.
- No atentar contra la seguridad jurídica de las partes.
- No dejar en el criterio de una sola persona la responsabilidad tan grande de decidir quien gozará del ejercicio de la patria potestad.

#### Aspectos negativos

- Únicamente que se prestaría quizás a dilatar los procedimientos en materia familiar.

## **CAPÍTULO 4**

### **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

En todos los supuestos en que puede intervenir el Juez de lo Familiar, deben tomarse en cuenta algunos principios, que son: Quienes tienen el derecho preferente e innato de decidir sobre su vida conyugal son los propios consortes. El mismo principio se aplica a los progenitores, quienes tienen derecho de ejercer la patria potestad y les corresponde el cuidado de las personas y la administración de los bienes de sus hijos. Lo anterior significa que el tribunal es supletorio y actuará a petición de parte en caso de no haber podido llegarse a solución en alguna diferencia conyugal o paterno-filial, o bien en aquellos casos en que le planteen situaciones que por ley debe intervenir, pero cumpliendo las normas de protección establecidas en las disposiciones legales a favor de los cónyuges y de los hijos.

#### **1. Demostración y Justificación de la propuesta**

La tarea del juez es muy importante para lograr la eficacia del derecho, por ejemplo, jueces incompetentes pueden frustrar una excelente ley o, aún peor, pueden hacerle rendir resultados nocivos. A la inversa, buenos jueces pueden neutralizar los efectos de una mala ley, o mejor aún,

suministrarle cierto sentido positivo. Cueto concluye diciendo: "un país con un mal Código y buenos Jueces se encuentra siempre en mejor posición que un país con un buen Código y malos Jueces."<sup>43</sup>

Los Jueces al aplicar el derecho pueden contribuir a la tarea de actualización del derecho. Esta labor puede ser paralela o independiente de la que corresponde al legislador. El Juez puede ir ajustando el criterio de aplicación a las nuevas circunstancias contribuyendo de este modo a que, aún sin ajustes legislativos, la norma siga siendo eficaz.

Se ha cuestionado si el Juez puede ir ampliando los criterios de aplicación o si debe ajustarse siempre a lo que la norma literalmente dice. Pensemos que, en la búsqueda de mayor eficacia y utilidad del derecho, al Juez sí le debe corresponder un papel de creador y no sólo de intérprete.

Si no se logró el propósito de crear normas claras y coherentes, al Juez le toca la tarea de interpretación y de resolución de conflictos. Si se dejaron lagunas, al Juez le corresponderá colmarlas. Es por ello que su labor en la búsqueda de eficacia del derecho es también muy importante.

Como dice Farrell, "el legislador puede haber dictado, en época pretérita una norma jurídica en la inteligencia de que se aplicaría siempre

---

<sup>43</sup> Cit. Por BONIFAZ, ALFONZO, Leticia. Op. cit. p. 150.

de una forma determinada, esto es, respondiendo a una ideología determinada. Sin que esa norma cambie, es decir, sin que sea derogada, modificada ni reemplazada, puede variarse la solución que impone de manera que responda ahora a una ideología distinta."<sup>44</sup>

Para nosotros, está perfectamente claro, que la solución primitiva de la norma (tal como la ideó el legislador) nunca es la única posible, y así, sin cambiar las normas del ordenamiento, se produce la evolución por obra de los tribunales de justicia.

Farrell estima que "aunque esta segunda alternativa parezca deseable a los partidarios de una especie de fluidez jurídica, él se inclina porque las soluciones se realicen a nivel legislativo, no a nivel judicial. Dice Farrell: Si existe una evolución en la ideología del ordenamiento, ésta debe hacerse explícita en las normas generales, no permanece oculta en las normas individuales."<sup>45</sup>

"Ross comenta que en conexión con las grandes codificaciones, el legislador, en la vana esperanza de preservar su obra, ha prohibido a menudo la interpretación de las normas y que la práctica de los tribunales se desarrolle como fuente del derecho."<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> FARRELL MARTÍN, Diego. Hacia un criterio Empírico de Validez. 3ª edición, Bosch, España, 1997. p. 71.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 120.

<sup>46</sup> ROSS, Alfredo. Sobre el Derecho y la Justicia. 3ª edición, Eudeba, Argentina, 1998. p. 83.

Aunque ha sido bastante común la práctica de que el legislador restrinja la interpretación de la norma, también existen casos en que, el legislador sabe que toda disposición legal puede ser interpretada, a pesar de sus intentos de formular el texto de la mejor manera desde el punto de vista técnico, y por ello, provoca a propósito una interpretación en la situación de vía de escape interpretativa deliberada. Espera que la práctica interpretativa, debido a varios factores uniformantes, conducirá a decisiones adecuadas dejando algún margen de libertad, necesario para la adaptación de la interpretación a los casos concretos.

Dice Wróblewski: "Cuando más amplio es el ámbito de la interpretación, tanto mayor será la perdurabilidad de las disposiciones jurídicas, porque sus significados cambian conforme a los cambios del contexto funcional; cuanto más estrecho es el ámbito de la interpretación *secundum legem*, tanto más se necesitan los cambios de aquéllas disposiciones legales, cuya interpretación, de lo contrario, podría llevar hacia un cambio de la ley disfrazado de una interpretación *praeter legem* o *contra legem*. Este es uno de los aspectos del conflicto entre teorías normativas estáticas y dinámicas de la interpretación jurídica."<sup>47</sup>

Carlos Santiago Nino, también ha realizado reflexiones interesantes respecto a la posibilidad de promover cambios sociales a través de la labor

---

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 84.



del Juez. Nino comenta "que el derecho se ha concentrado generalmente en la creación de normas jurídicas por los órganos legislativos y que sin embargo, la aplicación que los jueces hacen de las normas jurídicas a casos concretos no tiene menos relevancia en cuanto a las posibles consecuencias sociales."<sup>48</sup> De hecho, parte del poder legislativo está transferido implícitamente al cuerpo judicial, quien, muy a menudo tiene que reelaborar las normas que le ofrece el legislador antes de aplicarlas a los casos concretos. Ésta tarea de formulación de las normas generales normalmente tiene ante sí diferentes alternativas. En muchos casos la elección de una u otra interpretación por parte de los jueces tiene consecuencias sociales relevantes.

El Juez, al conocer los casos concretos, muchas veces tiene en cuenta algunos aspectos que el legislador no consideró por la generalidad de sus previsiones. En este caso es cuando Nino considera que el Juez puede proceder a realizar una interpretación correctiva.

Esta interpretación correctiva, sin embargo, no siempre va a estar autorizada por el derecho formal. Esto dependerá de cada derecho positivo. Nino considera que "tal vez los legisladores podrían tener mayor eficacia en la concreción de sus propósitos si formularan reglas materiales de interpretación que indican la preferibilidad de las soluciones que

---

<sup>48</sup> NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. 3ª edición, Ariel, España, 1999. p. 302.

tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores."<sup>49</sup>

Nosotros creemos que el papel del Juez es muy importante para hacer eficaz el derecho, pero esto sólo se daría si se formulan interpretaciones acordes al momento de aplicación. Las reglas de interpretación, para ese efecto, no deben ser muy rígidas. Es necesario que exista cierto margen de interpretación, mismo que a su vez no debe ser amplio ya que, podría dar lugar a arbitrariedades y provocar inseguridad jurídica.

También hay que considerar que los jueces pueden pervertir el derecho.

Por lo anterior, consideramos que aún cuando el Juez esté facultado para actuar de oficio, no puede actuar a su libre arbitrio. Tienen los límites que le imponen el matrimonio y la familia como instituciones naturaleza y aquéllas disposiciones de orden público consignadas en la ley. Es decir, las resoluciones judiciales siempre deberán estar fundadas y motivadas para satisfacer los extremos previstos en el artículo 14 Constitucional, de tal forma que el Juez apoye sus actuaciones en preceptos legales o principios jurídicos.

---

<sup>49</sup> *Ibidem.* p. 303.

La actuación del Juez de lo Familiar debe ser supletoria, esto significa que sólo podrá darse cuando no hubiere posibilidad de actuación de los progenitores en relación a los hijos, o cuando no fuere posible que los cónyuges resolvieran por sí los conflictos familiares. Se trata de casos extremos en los que debe intervenir el Juez de emergencia, pero tan pronto como esté controlada la situación debe procurar que se llegue a un avenimiento, resolviéndose las diferencias que hubiere mediante convenio, con el que se evite una controversia.

En lo que a patria potestad se refiere, el Juez de lo Familiar, deberá tener limitantes y sobre todo atender a principios generales que deben interesar y trasciende en el menor y los padres, en razón que en la mayor de las veces, no se toma en cuenta el interés ni bienestar del menor, siendo peligroso dejar al arbitrio total del Juez la designación para limitar conceder y suspender el ejercicio de la patria potestad.

## **2. Criterios Jurisprudenciales**

Respecto a las amplísimas facultades del Juez de lo Familiar y la necesidad de establecer parámetros para su limitación o merma de éstas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido los siguientes criterios al respecto.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: XIV, Diciembre de 2001

Tesis: XV.2o.20 C

Página: 1746

"JUECES FAMILIARES. ALCANCE DE LA FACULTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 926 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. Los Jueces Familiares gozan de las facultades contenidas en el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, que textualmente establece: "El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros."; sin embargo, el alcance de tal facultad debe entenderse reservado para los casos en que no exista convenio entre las partes, o aquellos en los que existiendo convenio, se hubiera solicitado la reducción o incremento de la pensión alimenticia, al acreditarse fehacientemente un cambio en la situación económica del deudor o acreedor alimentista, supuesto que daría lugar a la intervención del Juez para modificar el convenio celebrado por las partes, por existir factores ajenos a éstas que hacen imposible su cumplimiento."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 655/2000. Benjamín Rodríguez Hernández. 6 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretaria: Livier Cellyna Lamarque Avilez.

Como vemos, de la tesis jurisprudencial antes citada, el Juez de lo Familiar deberá tomar en cuenta no sólo a su criterio, sino lo aportado por las partes y demás estudios y pruebas aportadas por peritos y demás especialistas de la materia, lo cual, debe suceder lo mismo en materia de patria potestad. Es decir, la ley le da mayor importancia al convenio entre las partes en cuestión de alimentos, patria potestad, guarda y custodia e inclusive ante un convenio expreso, el Juez de lo Familiar atendiendo las circunstancias del caso hará valer tal situación a excepción de que éste fuere contrario a los intereses del menor o la familia o variara la situación económica del deudor o acreedor alimentista.

Como sabemos el convenio de acuerdo con el artículo 1792 para el Distrito Federal es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Asimismo, en el artículo 1793 del referido código los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. El convenio básicamente ha de producir y transferir obligaciones que de alguna manera han sido convenidas previamente por las partes. De lo anterior se infiere que cuando no exista convenio el Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos.

Octava Época

Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII, Enero de 1991

Página: 341

"PATRIA POTESTAD, ESTUDIO OFICIOSO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA. El tribunal de alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el juez de primer grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 del Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del ordenamiento legal citado en primer término, establecen que tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, de manera especial cuando se trata de menores y de alimentos teniendo facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de orden público, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad."

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

De la Jurisprudencia anterior se infiere, que el Juez de lo Familiar, deberá tomar en cuenta de manera especial lo que más convenga al menor y a la preservación de la familia, tomando en consideración la preferencia y acomodo actual del menor con quien va ejercer en él la patria potestad. Es decir, esta jurisprudencia reafirma el comentario hecho en el criterio jurisprudencial anterior, el cual desde nuestro particular punto de vista debe prevalecer cuando no exista convenio, entre las partes pero sólo deberá sujetar la intervención del Juez de lo Familiar, estrictamente cuando el convenio sea contrario a los intereses del menor o que de plano no haya lugar a un arreglo, el Juez de lo Familiar previo los estudios psicológicos, sociales y económicos decidirá quién debe ejercer la patria potestad sobre el menor.

Octava Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Marzo de 1992

Página: 226

**"JUECES FAMILIARES, ALCANCE DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS DE LOS.** Si bien es cierto que la ley civil para el estado de Chiapas, otorga facultades extraordinarias a los jueces familiares para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia por considerar a ésta la base de la integración de la sociedad; también lo es, que esas disposiciones, por más nobles que sean, no permiten una ilimitada interpretación jurídica cuyos alcances puedan rebasar otros aspectos que también la ley reputa como

fundamentales en la preservación del orden jurídico, de tal manera que la intervención oficiosa del juzgador no debe de llegar al extremo de violar aquéllas normas que en materia de personalidad establece la ley."

**TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.**

Amparo directo 219/91. Yolanda Lau Cruz. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo Jesús Becerra Martínez.

La Jurisprudencia en comento, consideramos, que es la que más se apega al tema nuestro, en razón de que establece que, por muy adecuado o bueno que sea el criterio del Juez o facultad que éste disponga, no podrá extralimitarse al grado de violar las garantías individuales de las partes o que sean contrarias al buen vivir de los contendientes, es decir, deberá tomar en cuenta no sólo las pruebas aportadas por las partes contendientes, sino en este aspecto, deberá hacer caso de las pruebas aportadas por los peritos, las condiciones del menor y sobre todo si éste tiene facultad de entender y de querer tomar en cuenta el criterio de éste, previo asesoramiento de peritos conocedores de la materia para tratar de no cometer los errores que a la larga afectan al menor y a la familia en general.

Octava Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación



Tomó: V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990

Tesis: I.4o.C. J/21

Página: 705

"PATRIA POTESTAD, DECISIÓN SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, vigente noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los órdenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento, cuidado,

educación, administración de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede asimismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento."

#### CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Eduardo López Pérez.

Amparo directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

De la anterior Jurisprudencia se infiere, que el legislador quiso ir más allá de lo estipulado en la Ley al otorgar amplísimas facultades al Juez de lo Familiar en materia de patria potestad y en general en todo lo que a la familia y controversias se refiere, pero quizás, desde nuestro particular punto de vista, no tomó en cuenta el verdadero proceder de algunos jueces que se vuelven mercenarios del derecho, con sus honrosas excepciones, razón por la cual consideramos que a efecto de normar la adecuada conducta y proceder del Juez se le pongan limitantes incluso con responsabilidad directa a efecto que el Juzgador Familiar tome en cuenta todo lo que en ésta Jurisprudencia se anota y sobre todo tenga como principio el verdadero interés del menor.

Con la lectura de la Jurisprudencia anterior se confirma lo que hemos venido sosteniendo en relación a la necesidad de limitar la facultad amplísima del Juzgador en materia de patria potestad, y únicamente se excluye cuando éste haga caso a lo que establece la ley y al interés primordial de las partes.

### **3. Propuesta para limitar las facultades del Juez de lo Familiar adicionando los artículos 283 y 284 del Código Civil para el D.F.**

Los artículos antes mencionados se encuentran regulados de la siguiente manera.

"Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

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

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

"Artículo 284. El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces."

Los artículos antes mencionados deberán adicionarse de la siguiente manera para limitar la facultad del Juez de lo Familiar, y así tenemos que el artículo 283 la adición que proponemos, será en su parte inicial, quedando éste de la siguiente manera.

"Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos. El Juez de lo Familiar para que pueda proveer y resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos deberá obtener los elementos del juicio necesario para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor como lo establece el artículo 284 de éste Código."

Con lo adicionado en el artículo 283 que estamos proponiendo, la parte siguiente de este, quedará igual a como se establece actualmente.

En relación al artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal que al igual que el anterior, éste deberá quedar de la siguiente manera.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

"Artículo 284. El Juez de lo Familiar, para que pueda proveer sobre la custodia, pérdida, suspensión, limitación de la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, emitirá la resolución de las cuestiones solicitadas en el juicio, dejando a salvo los derechos de las partes que por omisión o imprecisión hayan alterado la esencia del procedimiento y que, para ello al dictar una sentencia ésta sea apegada a derecho sin perjuicio de los que en ello intervinieron."

No queremos terminar éste trabajo recepcional sin antes señalar que la tarea del Juez, será siempre una actividad muy importante para lograr la eficacia o ineficacia del Derecho pero sobre todo para garantizar o encontrar el bien común porque como es sabido, por muy buena que sea una Ley o disposición contenida en algún Código, la inadecuada aplicación de ésta por Jueces impreparados que pueden frustrar no sólo el contenido de ésta sino el espíritu de justicia que el legislador quiso establecer en tal artículo y más aún la ignorancia de los Jueces pueden dañar a los seres más indefensos de la sociedad como son los niños.

Con lo señalado podemos decir, que se requieren de Jueces preparados y Justos porque como sabemos siempre será mejor un mal Código y buenos Jueces que un buen Código y malos Jueces, aunque lo ideal sería tener a los dos en óptimas condiciones donde hubiere comunicación entre legisladores, juzgadores y abogados postulantes.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** La patria potestad debemos entenderla como un derecho y a la vez como una obligación que tienen los padres para con sus hijos menores e incapaces y los bienes de éstos.

**SEGUNDA:** La patria potestad en la actualidad, y de acuerdo a los cambios jurídicos y sociales que vamos teniendo, debe entenderse como la autoridad moderada atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. Ésta autoridad debe entenderse, no como una potestad sino como una función propia de la paternidad y de la maternidad.

**TERCERA:** Los poderes de ejercicio que se atribuyen a la patria potestad, deben ejercerse siempre en beneficio del hijo, tales poderes no se han creado en razón de las personas que tienen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes y de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

**CUARTA:** Con las reformas hechas al Código Civil el 25 de mayo del 2000 se suprimieron las reglas y limitantes que anteriormente se ponían al Juez de lo Familiar en materia de patria potestad y se otorgó a éste Juzgador facultad de resolver lo que a su Juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos se

redujo ahora peligrosamente al subjetivismo del Juez mediante, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la patria potestad.

**Q U I N T A:** El legislador antes de plantear las reformas aludidas, debió tener presente que es importante limitar las facultades del Juzgador, debiendo poner de manera más amplia en los artículos correspondientes que, en materia de patria potestad debe tenerse en cuenta el interés del menor y lo que más beneficia a éste.

**S E X T A:** El objeto del legislador en materia de patria potestad debió ser en las reformas aludidas el que los menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no castigadora, comenzando por el propio Juez de lo Familiar el cual debe velar siempre porque el ejercicio de la patria potestad sea el indicado en beneficio siempre del que está sujeto a la patria potestad.

**S É P T I M A:** Respecto al concubinato, podemos decir que éste, es la unión sexual de un solo hombre con una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fuera matrimonio, debiéndose obligar a las mismas obligaciones derivadas de éste, sobre todo en lo que a patria potestad se refiere.

**O C T A V A:** Para limitar las facultades del Juez de lo Familiar en todos los supuestos que éste interviene, deberá tomar en cuenta en materia de patria



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

111

potestad, que, quienes tienen el derecho de decidir preferentemente sobre su vida familiar son los propios consortes tomando en consideración lo más conveniente para el menor.

**N O V E N A:** Para limitar las amplísimas facultades del Juez de lo Familiar el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal deberá adicionarse, únicamente en su primera parte para quedar así:

"Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos. El Juez de lo Familiar para que pueda proveer y resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos deberá obtener los elementos del juicio necesario para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho".

**D É C I M A:** El artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal con la adición que se propone, deberá quedar de la siguiente manera.

"Artículo 284. El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la custodia, pérdida, suspensión, limitación de la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de sus familiares o del Ministerio Público las cuestiones solicitadas en el juicio, dejando a salvo los derechos de las partes que por omisión o imprecisión hayan alterado la esencia del procedimiento."

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 3ª edición, Oxford, México, 1990.

BARCENA, Andrea. Textos de Derechos Humanos sobre la niñez. 2ª edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1999.

BONIFAZ ALFONZO, Leticia. El problema de la Eficacia del Derecho. 2ª edición, Porrúa, México, 1999.

BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, Depalma, Argentina, 1990.

BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 3ª edición, Oxford, México, 1990.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª edición, Porrúa, México, 1999.

CICÚ, Antonio. La Familia en el Derecho. 3ª edición, Tecnos, España, 1989.

COLÍN, Amboise Y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. 2ª edición, Trad. de Luis Alcalá y Zamora Castillo, edición Francesa, México, 1980.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 10ª edición, Porrúa, México, 2001.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 1993.

FARRELL MARTÍN, Diego. Hacia un criterio Empírico de Validez. 3ª edición, Bosch, España, 1997.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Esfinge, México, 1998.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 2ª edición, Porrúa, México, 2000.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Diálogos Jurídicos. 3ª edición, Porrúa, México, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Lo social en los Sistemas Jurídicos Constitucional e Internacional. 2ª edición, Trillas, México, 2000.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. IV. 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

MARCOVICH, Jaime. El maltrato de los hijos. 2ª edición, Edicol, México, 1998.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª edición, UNAM, México, 1990.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. 3ª edición, Ariel, España, 1999.

PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 3ª edición, Panorama, México, 2000.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derechos de los Padres y de los Hijos. 2ª edición, Cámara de Diputados LVIII, Legislatura UNAM, México, 2001.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2ª edición, UNAM, México, 1999.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La obligación alimentaria. 10ª edición, Porrúa, México, 1998.

PETTIT, Eugene. Derecho Romano. 13ª edición, Porrúa, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1970.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil. T. IV. 4ª edición, Porrúa, México, 1999.

ROSS, Alfredo. Sobre el Derecho y la Justicia. 3ª edición, Eudeba, Argentina, 1998.

VON IHERING, Rudolf. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1978.

#### LEGISLACIÓN

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Sista, México, 2003.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2003.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2003.

#### DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1997.

#### OTRAS FUENTES

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 10ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2001.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN