



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERES SUPERIOR
DEL MENOR**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

LUIS JAVIER LAGUNAS ALVAREZ

A S E S O R:

LIC. MARIA ELENA ORTA GARCIA

MEXICO, D.F.

2006



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.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Nuestra máxima casa de estudios, por haberme permitido lograr este sueño y ser casa de la que nunca se termina uno de marchar.

A LILIA Y JAVIER

Por haberme enseñado la importancia que tienen conceptos tales como el amor, la solidaridad, la felicidad y sobre todo el sonreír ante cualquier adversidad que se me presente.

A MI TIA LUISA

Por su bondad y cariño.

A VICTOR, HUMBERTO, LAURA, JAIME, MARCO, OCTAVIO, Y EDUARDO

Hermanos y amigos, a quienes les debo tanto cariño y apoyo, por creer en mí, por saber que lo lograría, por querernos y querer seguir queriéndonos.

A PAOLA, JIMMY, GAEL, DANNY, DAVID, SANTY Y DANNA

Generadores de tanto cariño, por ser hermosos monstruos llenos de alegría, y por su capacidad inagotable para hacerme reír.

A LICENCIADA MARIA ELENA ORTA GARCIA

Por haberme enseñado la importancia que tiene el querer a esta Universidad, y el gran valor de la formación humanista que esta casa de estudios nos ofrece, lo que se encuentra reflejado en este trabajo.

A JACARANA

Por su apreciable y generosa aportación a este trabajo.

A GABI, NADIA, PATY, LUCY Y JASMIN

Por su cariño y amistad.

A GRISEL Y ALFONSO

Amigos fraternales.

A SANDRA

Amiga y cómplice en esta pequeña gran aventura.

A GABRIEL, CESAR, MANUEL, DANIEL, JOSE LUIS, Y RODRIGO

Queridos amigos que me permiten participar en sus vidas, con toda mi insensatez e ironía, compartiendo grandes tardes de buena discusión, dentro del mismo corazón de esta gran Universidad.

A ALEJANDRA, LORENA Y JUANITA

Compañeras y amigas durante esta bella carrera en la que participamos buscando un objetivo común.

A LUIS ROBERTO

Por darme la oportunidad de participar en este mundo del Derecho, por su confianza y amistad.

A ENRIQUE

Por compartir conmigo su conocimiento y experiencia.

A MIRIAM Y ELSA

Quienes conocen la importancia de este trabajo.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Puerto de llegada con un cargamento lleno de ilusiones, que te prepara para la búsqueda de nuevos objetivos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO PRIMERO	1
1. Antecedentes Históricos de la Familia y la Figura de la Patria Potestad.	
1.1. La familia.	2
1.2. La familia en el Derecho Romano.	4
1.3. La Patria Potestad como institución natural.	9
1.4. La Patria Potestad y su relación con otras instituciones jurídicas.	11
1.4.1. La filiación en el Derecho Romano	15
1.4.2. La adrogatio en el Derecho Romano	17
1.4.3. La legitimatio en el Derecho Romano	19
1.5. La patria potestad, su evolución en nuestro marco jurídico	22
1.5.1. La filiación	26
1.5.2. La adopción	29
1.5.3. El reconocimiento	31
CAPITULO SEGUNDO.	35
2. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad	
2.1. Naturaleza jurídica	36
2.2. Concepto de patria potestad en la legislación del Distrito Federal	39
2.3. Fundamento jurídico de la patria potestad en el Distrito Federal	42
2.3.1. Elementos personales de la patria potestad	43
2.3.1.1. Quien la ejerce	45
2.3.1.2. Sobre quien se ejerce	48

2.3.2.	Características	50
2.3.3.	Derechos y obligaciones de los padres y menores	52
2.3.4.	La patria potestad como aspecto genérico; la guarda y custodia como especie	53
2.3.5.	La patria potestad en relación con la tutela y la curatela	56
2.3.6.	Efectos de la patria potestad	60
2.3.6.1.	Sobre los hijos	60
2.3.6.2.	Sobre los bienes	62
2.4.	Elementos objetivos de la patria potestad	63
2.4.1.	La patria potestad como derecho	63
2.4.2.	La patria potestad como obligación	64
2.4.3.	La patria potestad como deber	65
CAPITULO TERCERO		67
3.	La Intervención Judicial en la Patria Potestad	
3.1	Derecho de Familia	68
3.1.1.	El Derecho Familiar como regulador de la patria potestad	73
3.2.	Función tutelar del Estado	75
3.3.	La actividad subsidiaria de la autoridad judicial	80
3.3.1.	Ámbito patrimonial de la patria potestad	82
3.3.2.	Intervención judicial en el nombramiento del representante legal del menor	86
3.3.3.	La violencia familiar, como causa de la pérdida de la patria potestad	88
3.3.4.	El Ministerio Público y sus facultades en caso de violencia familiar	96
3.3.5.	Facultades del Juez en materia de divorcio en relación con la patria potestad	98

CAPITULO CUARTO	100
4. Análisis de la Patria Potestad en el Marco Jurídico del Distrito Federal	
4.1. La patria potestad en el Código Civil para el Distrito Federal	101
4.2. Regulación procesal de la figura de la patria potestad	109
4.2.1. Suspensión, pérdida y limitación de la patria potestad	112
4.2.2. El otorgamiento de la patria potestad a falta de padres	115
4.2.3. La obligación alimentaria de quien ejerce la patria potestad	117
4.3. Ámbito penal	120
4.3.1. Pérdida de la patria potestad y las facultades del Ministerio Público	124
4.3.2. Ley de Prevención de la Violencia Familiar	126
4.4. La Convención para los Derechos de los Niños	129
4.5. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal	131
4.6. Análisis comparativo de la patria potestad en el Distrito Federal y el Estado de Hidalgo	135
CAPITULO QUINTO	138
5 La Patria Potestad y el Juez de lo Familiar	
5.1 Comienzo y término de la patria potestad	139
5.2. Las facultades discrecionales del Juez en casos del ejercicio de la patria potestad	148
5.3. El Juez y el interés superior del menor, en el caso de la patria potestad	151
5.3.1 Concepto de interés superior del menor	155

5.3.2.	Obligatoriedad de observar el interés superior del menor	159
5.3.3.	El interés superior del menor en base a las facultades discrecionales del Juez de lo Familiar	162
	PROPUESTAS.	166
	CONCLUSIONES	169
	BIBLIOGRAFÍA	174

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCION

El entorno social al que se enfrentan los menores, muchas de las ocasiones no es el más apropiado para su desarrollo. Y esto obedece a que no son considerados la mayoría de las veces, como sujetos con plenitud de derechos, ya que siempre se encuentran bajo la potestad de sus padres, abuelos o alguna institución, quienes no siempre cumplen de forma adecuada con su función. Esto sin dejar de considerar el caso de los niños que se encuentran en total desamparo viviendo en la calle, y que son el resultado del abuso de la autoridad paterna y del deterioro de las relaciones familiares, situaciones que originan que se conviertan en receptores de la violencia que se genera dentro del núcleo familiar, obligándolos a salir de su hogar y quedando expuestos a condiciones de inseguridad, insalubridad, drogadicción y abuso físico, hacia su persona.

El presente estudio pretende exponer la importancia que tiene la efectiva observación de los derechos que les corresponden a los menores, y los deberes y obligaciones de quienes los conciben y que tiende a transformarse en el abandono real o virtual al que se ven sometidos involuntariamente los hijos, ya sea porque quedan en situación de desamparo, o porque sus padres no pueden o no quieren cubrir sus necesidades de carácter afectivo y material que les permita integrarse plenamente a la sociedad, y que se refleja en el debilitamiento del núcleo familiar.

La relación entre dos instituciones que tienen su origen de una forma natural, la familia y la patria potestad, las que el Derecho considera de una manera muy especial, ya que las ubica entre las que son consideradas de un interés especial para la sociedad, calificándolas como de orden común, originan las relaciones intersubjetivas entre los sujetos que la integran, esto es, entre padres e hijos, relación de supra-

subordinación en la que prevalece la autoridad paterna y que el Estado pretende regular atendiendo a esta autoridad de los padres, pero dando un especial énfasis al interés superior del menor.

Sin embargo cuando se litiga respecto de la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad, la intervención del menor no es contemplada de manera expresa por el Código Civil, ni por el Código Procedimental para el Distrito Federal, a pesar de que le otorgan al Juez de lo Familiar facultades discrecionales para resolver sobre estas controversias puestas a su consideración, en muchas ocasiones dichas controversias familiares están motivadas por intereses que se pudieran oponer a los de los hijos, cuya participación no es requerida en el juicio, cuando debería ser considerada su opinión de acuerdo a la madurez intelectual que tengan los menores.

Ahora bien, la participación del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, dentro de las relaciones familiares debe tener la característica de ser subsidiaria y tuteladora, de los derechos, obligaciones y deberes que son resultado de la institución de la patria potestad, esto por una parte, y por la otra prever las consecuencias que tendrá su decisión, resolución que se verá afectada al no poder contar con la versión de los hechos que pueda manifestarle el sujeto pasivo de esta relación o sea el menor. Por lo que esto se traducirá en la falta de protección del menor dejándolo en un estado de indefensión

El presente trabajo se ha dividido en cinco capítulos dedicados en su mayor parte al estudio de lo que es la familia, pero de manera particular a la patria potestad y el interés superior del menor:

El primer capítulo aborda el estudio de la familia y la patria potestad desde un aspecto histórico, con lo que se establecen los antecedentes, tanto naturales como dentro del Derecho Romano de dichas instituciones,

así mismo se identifica cual era su relación con otras instituciones similares a ésta, mismas que definían las relaciones paterno filiales en Roma. Así mismo se expone su evolución histórica hasta el orden jurídico actual.

Por su parte el capítulo segundo busca definir a esta institución conocida como patria potestad, señalando cual es su naturaleza jurídica, y cuales son los derechos subjetivos que se originan para los sujetos que la integran. Así como cual es su fundamento dentro del marco jurídico del Distrito Federal, por otro lado realiza el estudio de las instituciones jurídicas de; la guarda y custodia con las que se encuentra especialmente ligada, y con la tutela y curatela que actúan de forma subsidiaria a ésta

A través del capítulo tercero se plantea el papel que tiene el Derecho Familiar, dentro de las relaciones familiares y en especial como regula las que se dan como consecuencia de la patria potestad, así como la participación del órgano jurisdiccional como tutelador de los intereses del menor, además se aborda el fenómeno de la violencia familiar, sus efectos y consecuencias como el caso de la pérdida de la patria potestad, para lo que contará, el Juez de lo Familiar, con la intervención del Ministerio Público para prevenirla o en su caso como representante social, interponer los recursos legales que procedan.

El capítulo cuarto presenta un estudio de como se encuentra contemplada la patria potestad en el marco jurídico del Distrito Federal, además de su regulación procesal, y el ámbito penal como consecuencia de la violencia familiar, así como su relación con otras leyes que pretenden prevenir este fenómeno que convierte a los hijos e hijas en posibles receptores de la violencia en la familia.

El quinto capítulo ofrece aspectos fundamentales de la patria potestad, referentes al momento cuando da inicio y cuando termina,

además entra al estudio del papel del Juez de lo Familiar en relación a como operan las facultades discrecionales que le son otorgadas por el Derecho, para que tutele el interés superior del menor.

El presente trabajo considera que las diferentes instituciones jurídicas que regulan la vida familiar, han permitido que los derechos, deberes y obligaciones que se desarrollan en ella, se manifiesten en un plano de igualdad entre sus miembros, como es el caso de la autoridad paterna compartida en la patria potestad, con lo que se concluye la importancia que tiene para la solución de las controversias que tienen que ver con la patria potestad, la participación del menor en las decisiones que sobre asuntos que le conciernen en sus relaciones paterno filiales y su intervención en las mismas, con el apoyo de las instituciones que para tal efecto coadyuvan con la autoridad judicial.

CAPITULO PRIMERO

1. Antecedentes Históricos de la Familia y la Figura de la Patria Potestad

1.1 La Familia. 1.2 La Familia en el Derecho Romano. 1.3 La patria potestad como institución natural. 1.4 La patria potestad y su relación con otras instituciones jurídicas. 1.4.1 La filiación en el Derecho Romano. 1.4.2 La adrogatio en el Derecho Romano. 1.4.3 La legitimatio en el Derecho Romano. 1.5 La patria potestad su evolución en nuestro marco jurídico. 1.5.1 La filiación. 1.5.2 La adopción. 1.5.3 El reconocimiento.

1.1 La familia

La familia es considerada como una institución, que a través de diferentes procesos históricos ha venido evolucionando y ha sentado la base para la formación de una estructura mayor o superior como la sociedad, es en la familia, como célula experimental natural, donde se han desarrollado las diferentes relaciones intersubjetivas, de reproducción, solidaridad moral, económica, política, religiosa y emocional entre otras.

Al ser considerada como una institución, la familia, es el elemento de mayor importancia que constituye una sociedad; la cual tiene la necesidad de ser regulada, protegida, y guiada por el Estado, Quien tutela sus actividades de diferentes maneras; ya sea en la celebración de actos jurídicos como son: el matrimonio, el divorcio o el reconocimiento de los hijos, o al controlar que

no se realicen actos perjudiciales en los intereses de los menores e incapacitados, como en la tutela y la Patria Potestad.

El tema que ocupa esta investigación tiene que ver con las relaciones jurídicas de la familia, el maestro Rojina Villegas señala que: “Las relaciones jurídicas del Derecho Familiar son aquellas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad, o la tutela.”¹

La presencia del Estado a través de sus órganos administrativos o judiciales se encarga de tutelar y regular las actividades familiares, de acuerdo a la percepción de la familia y su evolución en las diversas épocas, partiendo desde el momento en que es considerada como la propia encarnación del Estado, hasta cuando se ha pretendido reducir la intromisión del Estado en su organización, ejemplo de ello es el que el Derecho de Familia en sus relaciones es considerado como de orden público e interés social.

La regulación de las relaciones familiares surge como una necesidad de proteger y salvaguardar la célula fundamental, base de una sociedad, es por ello que se debe conceptualizar que es familia:

En su diccionario jurídico Rafael de Pina menciona que es: “FAMILIA. Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco”.²

Para Rojina Villegas: “La familia en el Derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo,

¹ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- “Compendio de Derecho Civil”, Introducción, Personas y Familia Tomo I, Porrúa, Trigésima Tercera Edición México, 2001. Pág. 256

² DICCIONARIO DE DERECHO, De Pina Vara, Rafael, Editorial Porrúa

comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción”.³

Así se llega a un concepto jurídico de la familia que es; La institución natural integrada por una pareja, de hombre y mujer, los que se unen por vínculos matrimoniales o por el concubinato, considerada de orden público, por lo que determinado orden jurídico impone derechos y deberes a las partes integrantes de ésta.

A partir de la reforma del año 2000 el Código Civil para el Distrito Federal señala que la familia es una institución de orden público:

“**ART. 138 Ter.** Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad”.⁴

1.2 La familia en el Derecho Romano

La familia en el Derecho Romano tiene una organización basada en una estructura muy especial, siendo el poder absoluto del paterfamilias, quien tiene el derecho de vida o muerte de sus integrantes, poder derivado de las relaciones consanguíneas, religiosas, sociales, culturales, políticas y económicas, ejemplo de ello son las relaciones sostenidas con otros pueblos, como el de Israel, el cual mantenía este tipo de organización patriarcal.

³ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. Cit. Pág. 212

⁴ Código Civil para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005

Bravo González nos dice lo siguiente: “La familia esta organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, los persas, los galos. De aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario...”⁵

El poder absoluto del paterfamilias es entonces el fundamento de la familia romana y es además considerado como el jefe del culto doméstico, teniendo también disposición absoluta sobre las personas y sobre el patrimonio de los que se encuentran bajo ésta potestad.

El paterfamilias cumple funciones especiales dentro de las ceremonias privadas y es a través de éstas donde, como sacerdote de dioses domésticos, obtiene la protección de sus antepasados muertos para su familia, los cuales influyen en la suerte y abundancia de la familia.

Para ser paterfamilias era necesario ser *Sui Iuris*, esto es, tener personalidad plena, la cual se adquiría al tener los tres status siguientes; *status libertatis* (libre, no esclavo), *status civitatis* (ciudadano romano, no extranjero), *status familiae* (independiente no sujeto a la patria potestad) y su pérdida significaba caer en *capitis diminutio* y como consecuencia se perdía esta personalidad.

En Roma, el concepto de familia era considerado como: el conjunto de personas que se encuentran sometidas al poder doméstico del mismo jefe de casa, a todos estos sujetos sometidos les une el parentesco agnaticio.

⁵ BRAVO GONZÁLEZ, AGUSTÍN Y BRAVO VALDEZ, BEATRIZ.- “Derecho Romano”, Primer Curso, Porrúa, Decimoséptima Edición México 2000 Pág. 136

Este parentesco civil o agnatio estaba conformado, por todos los sujetos colocados bajo un jefe único, es el caso de la mujer que se casaba con alguno de los varones de ésta *domus*, quien además podía pasar bajo el poder marital llamado *in manus* y era considerada como hija, *locus filiae*, los hijos e hijas bajo la patria potestad, o sobre las personas libres *in mancipium*, en el caso de que se adquiriera la propiedad de éste último o en el caso de alguna enajenación solemne.

“El derecho civil concede importantes prerrogativas a los agnados que componen solos la familia, especialmente en derechos de tutela, en derechos de curatela y en derechos de sucesión. En cambio, la *capitis diminutio* hace perder la agnación con las ventajas que le están unidas, mientras que no tiene influencia alguna sobre la cognación”.⁶

En la vida común romana la situación de las personas se determinaba por la circunstancia de ser jefe de familia, lo que significaba que tenía personalidad plena, el individuo que se encontraban bajo el poder doméstico, quienes considerados como personas no eran *sui iuris* y quería decir que no tenían capacidad jurídica plena y mucho menos poder de decisión, caso concreto el de las mujeres y los esclavos

Solo era a través de los varones como se desarrollaba la familia, ya que cuando una mujer se casaba, pasaba a formar parte de la familia del marido, quedando bajo el poder de otro jefe de familia, como es el caso también de sus hijos, en caso de viudez, pasaba entonces a estar bajo la potestad de su hijo mayor o quien señalara la administración de la ciudad.

⁶ PETIT, EUGENE.- “Derecho Romano”, Porrúa, Novena Edición, México 2004. Pág. 97

Existía otro tipo de parentesco, el de la cognación, y era el que unía a todas las personas que descendían unas de otras en línea directa o que podían descender de un autor común.

Entre los parentescos de agnación y de cognación, existen marcadas diferencias prevaleciendo en importancia el de los agnados, siendo un lazo de parentesco que duraba, aún después de que el jefe de familia había muerto, y continuar hasta para el caso de los hijos cuando contraían matrimonio y sus descendientes estarían en ésta condición

Los cognados no podían ser de la familia, por esa sola cualidad, aunque este es un parentesco natural o de sangre, por lo que debían tener el título de agnados para pertenecer a ella.

El término familia podía ser usado para definir diversos conceptos, refiriéndose a las personas, a las cosas o al patrimonio:

El término familia en relación con las personas tenía dos sentidos:

- 1°. Personas unidas entre si, sometidas al poder del paterfamilias.
- 2°. Conjunto de personas unidas entre si por un parentesco civil o agnaticio.

En referencia a las cosas, se consideraba a la familia como el conjunto de bienes que constituían el patrimonio del paterfamilias, ya que en Roma a cada familia le correspondía solo un patrimonio, administrado por el paterfamilias.

Es este contexto en el cual se considera que el único interés que prevalecía en Roma no era el bienestar de los hijos, sino el interés superior del paterfamilias, lo que conducía a clasificarlo, no dentro del derecho de gentes, dado expresamente a los extranjeros, sino que era reglamentado por el *Ius Civile*, Derecho dado a los ciudadanos romanos.

Para Sainz Gómez el paterfamilias era: "... el único titular de derechos, su poder sobre los miembros de la domus era originalmente absoluto, era el monarca doméstico y el sacerdote del hogar y todos los demás miembros de la familia dependían y participaban de la vida jurídica solo a través de él. Podía excluir a sus descendientes por la emancipación y hacer ingresar a la familia a extraños por medio de la adopción".⁷

Así las cosas, se demuestra que en Roma, el paterfamilias tenía la facultad de alterar la composición de su familia como es mencionado en la nota anterior y su muerte traía la consecuencia de que la *domus* se escindía, pasando sus hijos a formar sus propias familias y convirtiéndose estos en paterfamilias con todos los privilegios que esto les otorgaba, rindiendo así culto a su propio progenitor.

Gracias a la intervención de Justiniano y la compilación que realizó de la Ley Romana en el *Corpus iuris Civile*, se fue modificando la forma de reglamentar las relaciones familiares, suavizando el poder absoluto que tenía el paterfamilias; favoreciendo a los cognados, permitiendo que los hijos pudieran administrar un peculio, cambios sobre la situación desventajosa que tenía la mujer. Así mismo en razón del desuso en que cayeron algunas instituciones que regulaban la vida de la familia primitiva romana.

⁷ SAINZ GÓMEZ, JOSÉ MARIA.- Derecho Romano I Noriega Editores, México Editorial Limusa, 1988. Pág. 178

1.3 La patria potestad como institución natural.

Las relaciones jurídicas entre los sujetos que integraban la familia primitiva se basa en un elemento natural de poder, fuerza, capacidad física, que derivaba en el sometimiento de los más débiles hacia los más fuertes.

Eran los hombres como proveedores de alimentos y de seguridad quienes gozaban de mayores prerrogativas, lo anterior sin olvidar los periodos en que la mujer ejerció este poder durante el matriarcado, en razón a los lazos sanguíneos con sus descendientes.

Los principios naturales en los que se basan para regular las relaciones, actividades sociales y funciones dentro y fuera estos grupos primarios y que les permiten interactuar, son estos derechos que por naturaleza corresponden a cada miembro de la familia y por ende de la sociedad.

El concepto Derecho Natural es definido por de Pina Vara como: “Conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado”.⁸

Como todas las instituciones familiares, la patria potestad nace de un hecho natural y social donde el derecho no tiene intervención en su creación, consistiendo su participación solo en la regulación que se deriva del producto de éstas relaciones.

⁸ DICCIONARIO DE DERECHO, De Pina Vara, Rafael, Ob. Cit. Pág. 237

No correspondería a la ley otorgar un derecho, el cual tiene su principal fundamento en la naturaleza y que además tiene su origen en un concepto natural y biológico. De donde se puede considerar el hecho de que sino existiera el Estado aún así existiría la patria potestad, partiendo de que la familia es anterior al Estado.

Este conjunto de derechos-deberes propone un razonamiento ético, el cual reconoce una autoridad del padre y de la madre y considera el deber de respeto y obediencia por parte de los hijos hacia sus progenitores.

López del Carril sostiene que: “la patria potestad es un derecho natural que descansa, en último substratum, en una posición exclusivamente biológica, porque es inexorable ser padre y madre, para que tenga aparición y nacimiento espontáneo y automático la patria potestad, constituyendo uno de los atributos objetivos y subjetivos de la maternidad y de la paternidad que tienen preexistencia en todo tiempo a lo jurídico. La patria potestad, cualquiera sea su concepción y concepto, es anterior a la existencia de la juridicidad, y de allí que cuando el hombre no había elaborado el derecho, tenía plena conciencia de que debía conducir la vida de sus hijos hasta que éstos se transformaran en hombres o mujeres”.⁹

La evolución de la regulación de esta institución, en los diferentes derechos positivos, da cada vez mayor importancia a estos fundamentos naturales, pretendiendo no vulnerar uno de los vínculos más fuertes que existen y que surge de la procreación.

⁹ LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO.- “Patria Potestad, Tutela Y Curatela” Depalma Ediciones. Argentina, 1993 Pág. 6

En el Derecho Romano existía el concepto de que la legislación solo calificaba la patria potestad ya que no se puede conceder lo que es imperio de la naturaleza.

1.4 La patria potestad y su relación con otras instituciones jurídicas

Como se ha mencionado anteriormente, en el presente trabajo, la patria potestad es una institución jurídica que tuvo su origen en el Derecho Romano, y estaba considerada principalmente como el reconocimiento que se tenía a la cabeza de la familia, cuya organización se encontraba bajo un régimen patriarcal, derivado de esto, dicho poder correspondía al jefe de familia y era no solo ejercido sobre las personas que se encontraban sujetas a ella, sino también sobre los bienes que les pertenecían.

Desempeñando un papel secundario, se encontraba la materfamilias, y es la que vive honradamente, distinguiéndose de otras mujeres precisamente por sus costumbres, dando lo mismo que sea casada o no, pues no es el matrimonio, ni el nacimiento las condiciones que hacen a una mujer de familia, sino las buenas costumbres

Sobre el poder del paterfamilias, De Ibarrola nos menciona que: “La esencia de este poder del padre de familia, se manifiesta tanto en las relaciones personales, como en las patrimoniales. Pertenece siempre al jefe del grupo, que no siempre es el padre, dado que cede frente a la autoridad del abuelo paterno: la madre nunca puede ejercer la patria potestad”.¹⁰

¹⁰ DE IBARROLA, ANTONIO.- “Derecho de Familia” Porrúa, Cuarta Edición, México 1993, Pág. 415

En el Derecho Romano esta potestad brindaba al paterfamilias un poder absoluto, omnímodo sobre sus hijos, parecido al que se ejercía sobre el esclavo. Convirtiendo al jefe de familia en un verdadero magistrado doméstico, cuyas decisiones no podían ser contravenidas ni apeladas, otorgándole facultades tales como la de vida y muerte, pudiendo mancipar a los hijos a un tercero e incluso abandonarlos, venderlos, o matarlos.

Es importante mencionar que la patria potestad, no era una institución del derecho de gentes sino una institución de Derecho Civil, solo podía ejercerla un ciudadano romano que era *sui iuris* sobre otro ciudadano romano en este caso *alieni iuris*.

En sus orígenes la patria potestad no buscaba la protección del hijo, sino la protección de los intereses del jefe de familia, este era el objeto principal de ésta institución, misma que fue suavizando la rudeza de estas costumbres primitivas progresivamente con el paso del tiempo y con la llegada de Justiniano y su compilación del *Corpus Iuris Civile*.

El paterfamilias además de la potestad sobre sus hijos ejercía otros poderes en la casa, como son; la *manus* sobre la mujer, si es que era otorgado este poder marital, la *mancipium* sobre otro *sui iuris*, así como el poder que desplegaba sobre los esclavos.

El progreso del Derecho Romano permite que los poderes otorgados al paterfamilias sufran una modificación, moderando tal poder, como ejemplo en el derecho que tenía para dar muerte al hijo, debía consultarlo con los parientes mas cercanos, o con los senadores quienes debían avalar esta decisión de vida y muerte.

Tales abusos eran considerados como atrocidades como en los casos en que Adriano impone la expatriación al padre que mata a su hijo. O en que Constantino califica como parricidio todos los casos en los que el padre mate a su hijo.

En algunos casos y debido a momentos de miseria el padre mancipaba al hijo a un tercero, por un precio efectivo, o en algunos casos lo mancipaba cuando contraía alguna deuda, mancipándolo con la calidad de garantía, de manera temporal, de lo anterior el adquirente obtenía la *mancipium*.

Al respecto el maestro Petit menciona: “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 liberado de la autoridad paternal. 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”.¹¹

En relación al carácter patrimonial de la patria potestad, todos los bienes que adquirirían los hijos se consolidaban al patrimonio del padre, ya que los hijos no podían tener nada en propiedad, en razón de que en la familia solo existía un patrimonio el del jefe de familia, quien era el que iba a administrar lo propio y lo de sus hijos de acuerdo a su voluntad.

Es en el bajo imperio donde el hijo de familia, en relación a las ordenes del *ius privatum*, empieza a gozar de algunos derechos y puede llevar a cabo algunos negocios jurídicos, así como, contratar, ser instituido heredero, contraer matrimonio sin consentimiento del padre, los bienes que

¹¹ PETIT, EUGENE.- Ob. Cit., Pág.102

obtiene quedan en su propiedad, con excepción de los que en utilidad le cede al padre por voluntad propia

Para un mayor conocimiento de esta institución señalaremos sus principales características:

- Es una institución de Derecho Civil
- Correspondía al varón de mayor edad ejercer la patria potestad sobre los hijos, nietos, bisnietos etc.
- La mujer en ningún caso podía ejercerla
- La Patria Potestad era perpetua ya que no terminaba con la mayoría de edad.
- Se ejercía por un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano
- Otorgaba derechos a su titular, sobre persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella.
- Esta institución evoluciona hasta ser considerada solo como un derecho de corrección.

La patria potestad podía disolverse por algunas circunstancias o acontecimientos ya sean fortuitos o por actos solemnes:

Acontecimientos fortuitos:

- La muerte del jefe de familia
- La caída en esclavitud del padre lo que significaba la *capitis diminutio*
- La pérdida del derecho de ciudadanía, con la misma disminución de su status.
- Cuando el hijo moría
- Cuando el hijo era elevado a ciertas dignidades

Como resultado de lo anterior al hijo se le consideraba con personalidad plena, pero conservando su calidad de agnado con sus parientes

Actos solemnes:

- Entrega en adopción.
- La emancipación, convierte al hijo en *sui iuris*.

La composición de la familia romana, era una de las facultades que tenía el paterfamilias, ya que si bien existía la filiación como lazo natural entre padre e hijo, el pater podía darlos en adopción o hacer ingresar extraños a través de la *adrogatio*. Así mismo contaba con un instituto como la *legitimatio* para reconocer hijos nacidos fuera del matrimonio, e ingresarlos a la familia.

Estas instituciones tendrán efectos en la potestad paternal, permitiendo su práctica plena o la pérdida de la misma, a continuación abordaremos éstas:

1.4.1 La filiación en el Derecho Romano

El concepto de filiación, es el lazo natural que relaciona a ascendientes y descendientes, es el caso de los padres y los hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos, aunque en un sentido estricto se puede hablar de la relación entre padre e hijo derivado de la naturaleza, de la unión entre

el padre y la madre, este lazo producirá distintos efectos, se presume que la que es producto de la *justae nuptiae* es la mas plena, de donde los hijos calificarán como hijos legítimos

Se llama *justae nuptiae o justum matrimonium* al matrimonio legitimo, conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma.

Sobre el matrimonio el maestro Petit comenta que: “En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe, de aquí la importancia del matrimonio cuyo fin principal es la procreación...”¹²

Para que la filiación produzca efectos, debe tener la presunción de ser legalmente cierta, la condición en relación de la mujer se consideraba que se cumplía, por su naturaleza misma, en el caso de la paternidad esta condición es incierta, sin embargo es el matrimonio quien le suministra esa característica, con lo que se alcanzaba el objeto de la procreación, la mujer cohabita con el marido y no con otro, por lo que se presume la paternidad.

Los jurisconsultos en Roma, basados en los estudios de los médicos griegos establecieron los limites de la duración del embarazo dentro del matrimonio, para demostrar que la mujer a concebido dentro del matrimonio, y es el siguiente, el limite menor del embarazo será de ciento ochenta días y el mayor de trescientos días, nacido el hijo dentro del mencionado margen se consideraba que este era *iustus*, las legislaciones actuales han manejado este periodo de tiempo, para determinar si el hijo nace dentro del matrimonio.

¹² PETIT, EUGENE.- Ob. Cit., Pág.103

Los principales efectos que produce la filiación son:

- a) Da lugar a la agnación o parentesco civil;
- b) Crea una obligación recíproca de darse alimentos y para el hijo además el beneficio de la educación;
- c) El infante debe respeto a sus ascendientes;
- d) El padre comunica a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.

1.4.2 La adrogatio en el Derecho Romano

La adopción es una institución de Derecho Civil, este término es genérico ya que en el Derecho Romano se encuentran dos tipos de adopción, son adoptados los hijos de familia *alieni iuris*, siendo esta la adopción propiamente dicha, y existe la adopción de una persona independiente *sui iuris* denominado adrogación.

La adrogación permite a la familia romana un medio para reforzarse, para poder perpetuar su familia, y hace caer bajo la potestad de un ciudadano romano a otro ciudadano romano, con lo que se pretende que no se extinga la familia y desaparezca un culto privado.

La adrogación no solo tenía como objetivo el perpetuar a su familia, considerando esto como su culto particular, esto en razón de que cuando el culto doméstico se extinguía pesaba una deshonra sobre la familia, también

se perseguía un fin económico, se piensa en la transmisión de los bienes del adrogado al adrogante, sin duda entonces, se considera que ésta institución nace por motivos de necesidad y oportunidad.

Es entonces la adrogación, una institución que nace en respuesta al peligro inminente de división y desintegración de la familia, producida por factores biológicos. Quedando establecidas las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación de matrimonio legítimo, y por supuesto una relación estrecha con el surgimiento de la patria potestad.

El vocablo *adrogatio* tiene como fuente, el hecho de que la persona que adroga era rogada para que consintiera que al que va a adrogar fuera como un hijo. Posteriormente se le preguntaba al que es adrogado si quería que así se hiciera.

La ceremonia de la *adrogatio* se llevaba a cabo de la siguiente manera: Precedía a un acto comicial, una encuesta pontifical, en la que se recababa información para ver si se llenaban los requisitos de edad, si no se trataba de una especulación pecuniaria, y si en verdad lo que se pretendía era perpetuar a la familia, si era favorable para la misma.

Después se convocaban los comicios por curias, para que a través de una votación y sanción se aprobara, ante estas se hacían tres preguntas; primero al adrogante: ¿Quiere tener al adrogado por *iustus filius*? La segunda al adrogado: ¿Consiente en que el adrogante adquiera sobre el la *patria potestas*? La tercera rogatio se hace al pueblo para saber si consagraba la voluntad de las partes.

Cuando la *adrogatio* dejó de ser un acto comicial y las *curias* fueron substituidas por los treinta *lictors* que las representaban, la decisión de

estos vino a ser una mera formalidad y la adrogatio pasó a ser un acto controlado por el Colegio de Pontífices que decidía discrecionalmente sobre la procedencia o improcedencia de la misma.

Es en Roma el único lugar en donde en un principio solo podía realizarse esta ceremonia ya que era éste el lugar donde se reunían las curias, de la adrogación estaban excluidos las mujeres y los impúberes, ya que estos últimos no pertenecían a las curias, Antonino El Piadoso permitió, posteriormente a una investigación la adrogación de impúberes,

Nos dice el jurista Bravo Gonzáles que: “Los efectos producidos por la adrogatio son los siguientes: el adrogado cae bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido ex iustus nuptiis, también pasan a la nueva familia sus descendientes y todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante; los bienes del adrogado pasan al poder del adrogante, posteriormente Justiniano dispuso que solo tuviera el usufructo de ellos, quedando la *nuda proprietatis* para el adrogado. La adrogación no altera el derecho de origen a efectos de desempeñar los cargos y de participar en las cargas municipales, pero el adrogado queda obligado además a las cargas del municipio del adrogante, si más tarde fuera mancipado, no solo deja de ser hijo del adrogante, sino también ciudadano de aquella ciudad”.¹³

1.4.3 La legitimatio en el Derecho Romano

La Legitimatio es una institución que nace para favorecer a los hijos nacidos del concubinato, su relación con la patria potestad es muy estrecha

¹³ BRAVO GONZÁLEZ, AGUSTÍN Y BRAVO VALDEZ, BEATRIZ.- Ob. Cit., Pág. 145

ya que permitía a través de esta institución, obtener la potestad de los hijos que habían nacidos *sui iuris*.

Es la legitimación un instrumento que tiene mas plenitud que la que se produce por la adopción, ya que por la legitimatio se establecían relaciones comparadas con los hijos que nacían *ex iustus nuptiis*.

Como en el caso de la patria potestad esta institución pertenece al Derecho Civil. Y es instituida por los emperadores cristianos, quienes consideraban a los hijos nacidos del concubinato un desorden legal, por lo que permitieron a los padres obtener la autoridad de los hijos naturales.

Justiniano reglamenta la legitimación, exigiendo tres condiciones:

- 1) Que en el día de la concepción no exista obstáculo legal para el matrimonio;
- 2) Que se redacte un "*instrumentum dótale o nuptiale*";
- 3) Que los hijos la consientan.

En el caso de que no fuera posible celebrarse el matrimonio el padre podía dirigirse al emperador para que por rescripto legitimara a sus hijos.

"En principio, el hijo no puede ser legitimado sin su voluntad. En efecto, estando *sui iuris* tiene un patrimonio que se absorbe en el de su padre, en cuya autoridad cae por su legitimación, siendo un resultado en el cual debe de consentir, si es demasiado joven basta con que no contradiga"¹⁴

¹⁴ PETIT, EUGENE.- Ob. Cit., Pág.118

Los procedimientos que servían para la legitimación en el Derecho Romano:

1. **El matrimonio subsiguiente del padre y la madre.**- Era condición que los padres pudieran celebrar el matrimonio como consecuencia de la concepción, esto es que no tuvieran un impedimento legal o temporal, por lo que no podían legitimar hijos adulterinos o incestuosos, era necesario que se emitiera un acta donde se estableciera una dote para que quedara establecido que se trataba de una *justae nuptiae*.

Como consecuencia de este procedimiento el hijo entraba como agnado en la familia civil del padre.

2. **La oblación a la curia.**- Podía el padre legitimar al hijo a través del ofrecimiento de éste a la curia, en el caso de que fuera un hijo, en el caso de ser hija al casarla con un decurión.

La curia estaba integrada por decuriones, una especie de nobleza que se dedicaba al cobro de impuestos, de ahí que a los emperadores les interesaba su reclutamiento.

Sus efectos eran menores, ya que solo será agnado del padre, pero no ingresará en la familia civil.

3. **El rescripto del príncipe.**- Con algunas condiciones como es el caso de que la madre haya muerto, este ausente o si hubiese contraído nuevas nupcias, Justiniano decidió que el padre podía dirigirse al emperador para legitimar a sus hijos naturales.

Los efectos que producía esta clase de legitimación eran completos, además podía en su testamento solicitar la legitimación y como consecuencia darles la categoría de herederos.

1.5. La patria potestad su evolución en nuestro marco jurídico.

Esta institución del Derecho Familiar se deriva de la filiación, cuyo objeto es el proporcionar la asistencia, formación, guarda y custodia, lo que comprende el cuidado integral del menor, su persona y sus bienes. La legislación mexicana ha tenido diversas modificaciones, que han permitido alcanzar un mejor desempeño en la tutela del interés superior del menor, basada en la evolución de la figura de la patria potestad.

La patria potestad es un derecho fundado en el Derecho Natural, el cual confirma el Derecho Positivo. Este Derecho regula la conducta de los padres y su obligación de vigilancia de los menores, así como la administración de los bienes de sus hijos.

La patria potestad en todos los tiempos y lugares constituía, como en el caso de Roma un poder absoluto, incluso para decidir sobre la vida y muerte de los hijos. Pero esta enorme autoridad se fue disminuyendo hasta convertirse en un derecho de corrección moderada, como en la actualidad.

El proceso de evolución de la figura de la patria potestad, se ve reflejado en las reformas legales que se llevan a cabo en los diferentes ordenamientos jurídicos, como lo es el caso de la reforma al artículo 426 Código Civil para el Distrito Federal, en el año de 1954. Reforma que concede que la administración de los bienes del menor sea tomada en

común acuerdo entre padre y madre, y no como anteriormente se manejaba, que solo el hombre tenía el pleno derecho de la administración de dichos bienes del hijo.

El mismo caso se ha presentado en otros estados de la república mexicana, como es el caso concreto del Código Civil del Estado de Aguascalientes, en artículo concordante al artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se prohíbe que se contraiga deuda u obligación que pueda comprometer los bienes del menor, por parte de los que ejerzan la patria potestad.

En los Códigos Civiles; para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala y en el del Estado de Yucatán, en lo referente a la pérdida de los que ejercen en primera instancia la patria potestad, esto es, los padres, la ley prevé la excusa que permite a los abuelos su renuncia al ejercicio de la patria potestad, y solo en el caso del Código Civil del Estado de Yucatán no permite que los padres ejerzan dicha excusa.

El Código Civil para el Estado de Veracruz, permite que quien ejerce la patria potestad, al realizar la venta de un bien inmueble, previa autorización judicial, pueda retener el importe de dicha venta de bienes del menor, mientras que en el Distrito Federal la evolución de la protección de los intereses del menor, queda reflejada en el Código Civil, al mandar que el precio de la venta sea depositado en una institución de crédito, y que cuando se quiera disponer del depósito, sea necesaria una orden judicial, así como la aceptación del ministerio público para la venta de bienes del menor .

Siguiendo el interés y protección del menor en relación con sus bienes, el desempeño de la legislatura local en el Distrito Federal, realiza un avance en la protección de los mencionados intereses, al hacer diferencia

entre los bienes que el menor adquiriera producto de su trabajo y los que obtiene por otro título, lo que se contrapone con el Código Civil de Tlaxcala donde no realiza distinción alguna, permitiendo el derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del menor.

El Código Civil para el Distrito Federal, menciona respecto de los bienes de los menores lo siguiente:

“Artículo 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiriera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiriera por cualquiera otro título.

Artículo 429. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Artículo 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.”¹⁵

El Código Civil para el Estado de Tlaxcala, contiene algunas causas que provocaran la pérdida de la patria potestad, mismas que no se encuentran previstas en el Código Civil para el Distrito Federal, caso concreto cuando el padre corrija con excesiva severidad a sus hijos, o que la madre o la abuela viuda vivan en mancebía.

¹⁵ Ídem Pág. 4

Lo ejemplos anteriores permiten ver como el interés del menor provoca la evolución de la patria potestad; de manera diferente en los distintos ordenamientos jurídicos del país, como resultado de las visiones que tienen las diferentes legislaturas estatales, sobre las relaciones jurídicas que integran el derecho familiar, acordadas a la realidad y costumbre de la vida diaria de las diversas comunidades y necesidades culturales.

Se puede precisar que otro de los factores que detona la evolución de la patria potestad, tiene que ver con los principios que proclaman la igualdad entre el hombre y la mujer, ya que el espíritu de dicha reforma busca que sea reparado el agravio que durante la mayor parte del siglo pasado afecta a la mujer, al no ejercer esta potestad sobre los hijos: al respecto, sobre el ejercicio de la patria potestad el Código Civil para el Distrito Federal nos señala.

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, 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”.¹⁶

Es importante hacer mención que la evolución de esta institución, tiene por objeto el depositar en los padres y los hijos distintos derechos y obligaciones, creando un vínculo de forma independiente al de la familia, estado o condición, imponiendo respeto y la consideración mutuos, teniendo un significado moral importante ya que puede derivar en obligaciones que

¹⁶ Ídem Pág. 4

tienen una característica económica, como son los alimentos respecto a los padres, en caso de que estos los necesiten.

El avance más significativo es precisamente el que establece la obligación de quien ejerce la patria potestad o de quien tenga menores bajo su custodia, el que solo podrán corregirlos de una manera en la que no pongan en riesgo la integridad física y psíquica del menor.

1.5.2. La filiación.

La filiación es el vínculo o relación jurídica que se crea entre los progenitores y sus descendientes, y es determinada por la procreación.

Rojina Villegas al respecto dice: “El término filiación tiene en derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir entre personas que descienden las unas de las otras... Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir una situación permanente que el Derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos jurídicos constantes entre el padre o la madre y el hijo”.¹⁷

¹⁷ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. Cit. Pág. 457

Existe una clasificación doctrinal de la filiación, que es la siguiente:

La filiación matrimonial; Está determinada a que los hijos nazcan dentro de los plazos que señala la ley, después de contraído o disuelto el matrimonio, por lo que se tendrá como un hecho el que nacieron dentro de la unión legítima de marido y mujer. El Código Civil para el Distrito Federal señala:

“**Artículo 324.-** Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”¹⁸

La filiación extramatrimonial: es el vínculo jurídico que se crea entre los progenitores y el hijo nacido fuera del matrimonio, esto es los hijos nacidos del concubinato.

La filiación legitimada: cuando el neonato no se encuentra dentro de los plazos que la ley indica para considerarlo dentro del matrimonio. La ley salvaguardando los derechos del menor permite que a través de la legitimación se le de el carácter de hijo del matrimonio.

Sobre las pruebas de filiación el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 340, considera como prueba irrefutable al acta de nacimiento,

¹⁸ Ídem Pág. 4

así mismo admite como prueba, todas las que son autorizadas por la ley, incluyendo las que se deriven de los avances científicos y tecnológicos, a falta de estas será la constante posesión de estado de hijo.

El artículo 343 de Código Civil para el Distrito Federal aclara de qué manera queda probada la posesión de hijo:

“Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia , educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361. ¹⁹

Siendo la filiación una fuente del parentesco, esta tendrá los efectos que se deriven de este, como en el caso de los alimentos, los derechos sucesorios, así como la obligación de la tutela legítima y las prohibiciones para el matrimonio que se derivan del parentesco.

Hoy en día la ley no establece diferencia respecto a los derechos que se derivan del origen de la filiación, y así mismo ha intentado desaparecer las discrepancias entre los tipos de filiación.

¹⁹ Ídem Pág. 4

El efecto principal de la filiación es sin duda el actualizar los derechos y obligaciones que provienen de la patria potestad, así como los sujetos a ejercerla y los que se encuentran bajo ésta.

1.5.2. La adopción.

La adopción es considerada como un acto jurídico plurilateral ya que requiere el consentimiento de las personas que indica el art. 397 del Código Civil para el Distrito Federal, además es mixto ya que es necesario que el juez apruebe la adopción, es compleja, en razón del procedimiento que se requiere para su realización.

Los efectos que produce son:

- I. La creación de un vínculo de filiación entre adoptado y adoptante
- II. El parentesco civil, entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los hijos del adoptado

En los Códigos Civiles de 1870 y el de 1884 en México, no fue regulada la adopción, siendo la razón, que no se entendía que tipo de filiación se creaba con los adoptados, ya que existía una especie de discriminación hacia los hijos ilegítimos o fuera de matrimonio, eso en razón de la cultura y relaciones familiares de la época.

“En la Ley de Relaciones Familiares y en el Código Civil de 1928 se reguló la adopción, estableciendo en este último ordenamiento que sus efectos se limitaban entre adoptante y adoptado, y que este último

conservaba sus vínculos de parentesco con su familia consanguínea. Asimismo, dicha adopción podía terminar, por revocación del adoptante, por mutuo consentimiento entre adoptante y adoptado y por la impugnación de este último”.²⁰

La adopción plena es incluida en la reforma al Código Civil de 1928, incorporando la extinción de los lazos que unían al adoptado con su familia original, haciendo ingresar al adoptado totalmente a la familia del adoptante, se contemplaba además a la adopción simple como aquella que limitaba sus efectos solo al adoptado y al adoptante.

La adopción simple quedó prácticamente derogada, quedando solo un caso, el contemplado en el artículo 410 D del Código Civil para el Distrito Federal que a continuación se transcribe:

“**Artículo 410-D.**- Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado”.²¹

En caso de que se realice la adopción, surgen los siguientes efectos:

1. Tendrá el adoptante los mismos derechos y obligaciones sobre la persona y los bienes del adoptado que los que tiene con el hijo legítimo
2. En consecuencia, el adoptado tendrá los mismos derechos y obligaciones que tiene el hijo consanguíneo.

²⁰ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.- “La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Porrúa Tercera Edición, México 1994 Pág. 201

²¹ Ídem Pág. 4

3. Sobre el nombre y el apellido del adoptante, éste los dará al adoptado, sin embargo el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 395 párrafo segundo, señala una excepción, que no es entendible al mencionar que; “salvo que por las circunstancias específicas, no se estime conveniente”, al señalar esto se contradice con la adopción plena ya esta señala que deberá llevar siempre los apellidos del adoptante con el fin de que no se revele su origen y verdadera filiación.
4. Se crean lazos consanguíneos con la familia del adoptante incluyendo el impedimento de matrimonio.
5. La Filiación con su familia de origen queda extinguida, salvo el caso de impedimento de matrimonio
6. Es irrevocable y se expide acta de registro con las mismas características que las de nacimiento.

1.5.3. El reconocimiento.

Se considera como reconocimiento al acto jurídico, unilateral o bilateral, por parte del que reconoce a favor de la persona quien es reconocida, por el cual nace la filiación del hijo.

El Derecho solicita que esta figura esté investida de la solemnidad, indicando los modos por los que se puede realizar el reconocimiento, los

cuales se encuentran previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura Pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”²²

Algunas características de este acto solemne son:

La retroactividad; se da el carácter de hijo, de quien reconoce, desde el momento de su concepción.

La irrevocabilidad: basados en lo que menciona el artículo 367 del Código Civil para el Distrito Federal, que a continuación se transcribe:

“Artículo 367. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento ”.²³

No es un acto personalísimo; la legislación local admite que no solo el padre o la madre por derecho propio lo hagan, sino que pueden hacerlo a través de un mandatario, deben cumplir con los siguientes requisitos:

²² Ídem Pág. 4

²³ Ídem Pág. 4

“Artículo 44.- ... En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz”.²⁴

Existen varias teorías para determinar la naturaleza jurídica del reconocimiento; las que establecen que este es un medio de prueba, una confesión, otra teoría maneja que es una simple declaratoria ante una instancia de algo concreto, otros señalan que es un acto de poder familiar ya que tanto la madre como el padre tienen una potestad que ejercer.

Los requisitos para el reconocimiento de hijos se dividen en dos, los sustanciales, que se refieren a la edad que marca el artículo 361 por parte del que va a reconocer, y por lo que hace al reconocido, este no debe ser hijo de mujer casada. Y los formales, que se indican en el artículo 369 mencionado anteriormente.

El artículo 389 del mencionado Código, señala cuales son las consecuencias del reconocimiento de hijos:

“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.”²⁵

²⁴ Ídem Pág. 4

²⁵ Ídem Pág. 4

En base a las figuras analizadas desde su origen hasta la concepción actual de la patria potestad, concluimos el presente capítulo entendiendo que la evolución que a tenido ésta institución llamada patria potestad en lo particular, así como el Derecho Familiar en su generalidad, obedece sin duda a los procesos culturales, educativos, políticos, económicos y geográficos que a nivel internacional han venido influyendo en los diversos países y muy significativamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Representa un factor muy importante en el progreso de las instituciones jurídicas mencionadas en este capítulo, la evolución que a su vez ha tenido la concepción de los derechos humanos, los derechos de los niños y niñas, y los de la mujer y que han quedado reflejados en las garantías individuales contempladas en las Constituciones Políticas de los diferentes países, los Tratados y las Convenciones Internacionales, a los que los gobiernos de éstos países se han sumado.

CAPITULO SEGUNDO

2. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

2.1 Naturaleza jurídica. 2.2 Concepto de patria potestad en la legislación del Distrito Federal. 2.3. Fundamento jurídico de la patria potestad en el Distrito Federal. 2.3.1. Elementos personales de la patria potestad. 2.3.1.1. Quien la ejerce. 2.3.1.2. Sobre quien se ejerce. 2.3.2. Características. 2.3.3. Derechos y obligaciones de los padres y menores. 2.3.4. La patria potestad como aspecto genérico; guardia y custodia como especie. 2.3.5. La patria potestad en relación con la tutela y la curatela. 2.3.6. Efectos de la patria potestad. 2.3.6.1. Sobre los hijos. 2.3.6.2. Sobre los bienes. 2.4. Elementos objetivos de la patria potestad. 2.4.1. La patria potestad como derecho. 2.4.2. La patria potestad como obligación. 2.4.3. La patria potestad como deber.

2.1. Naturaleza jurídica.

Para llegar a la naturaleza de la figura de la patria potestad debe concebirse ésta como una institución jurídica, ya que en ella se desarrollan el conjunto de relaciones entre los sujetos que la ejercen; el padre, la madre, los abuelos, las abuelas, ya sea por línea paterna o línea materna, según sea el caso en estos últimos, y los hijos o hijas, así como los bienes de éstos, sobre quien se ejerce su administración y usufructo de acuerdo a la ley.

La patria potestad nace de un hecho natural que es la procreación, de donde surge la relación jurídica llamada filiación, institución que pretende

regular las relaciones paterno filiales, tanto fuera como dentro del matrimonio, creando entre los sujetos que la integran un vínculo jurídico muy importante y base para la familia, así como para la protección de los menores; en su persona, bienestar y bienes.

Dado el nacimiento de las relaciones paterno filiales, el Derecho se encarga de su regulación, pretendiendo con esto la cohesión del grupo familiar. La patria potestad es una de estas instituciones reguladoras, la cual pasa de ser un poder absoluto que se encuentra en manos del padre, a tener características particulares en las que se contemplan los derechos del menor.

El interés que tiene el Estado en la misma, la determina a ser una institución en la que definitivamente no se contemplan relaciones entre iguales, sino que se otorga una facultad y un deber, predominando este último al padre y la madre conjuntamente, con el fin de proporcionar a los hijos e hijas protección, educación, habitación, vestido e incluso el administrar los intereses patrimoniales del menor.

El jurista Galindo Garfias menciona que esa finalidad "... 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 estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en medida que su estado de minoridad lo requiere." ¹

Existen opiniones diferentes en cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, consideraciones en las que se le menciona como un conjunto de

¹ GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- "Derecho Civil", Primer Curso, Parte General Personas, Familia, Porrúa, Decimocuarta Edición Pág. 667

derechos y deberes concedidos a los padres sobre los hijos y el patrimonio de éstos, en tanto sean menores y no se hayan emancipado, y cuya finalidad es su sostenimiento alimentación y educación.

Al mencionar una relación entre desiguales, esto se refiere a que el Derecho les reconoce una autoridad al padre y a la madre ya que estos son los que ejercen ésta autoridad. De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, dicho ejercicio es irrenunciable, es decir no existe la libertad de dejar de ejecutarlo, la persona sobre la cual recae no puede renunciar a su ejercicio, la sociedad tiene especial interés en que sea de ésta manera, razón por la que es considerada como una institución de interés social.

Aún más, el ejercicio de la patria potestad por el padre o la madre, es identificado como una obligación y se contempla que su ejecución será de forma personal y no transferible a terceros, y cuyo fin es el cumplimiento de un deber, de una facultad natural y por ningún motivo se deberá considerar a los hijos como propiedad de los padres.

La patria potestad debe ser considerada, como un conjunto de facultades y deberes, mencionando que su contenido, en relación con la procreación, tiene un aspecto de orden natural, en razón del nexo con el parentesco, tiene un sentido afectivo, y un fin ético que deriva del deber moral que tienen los padres para atender los intereses de los menores y estos de obedecer a aquellos. Al respecto el Código Local menciona:

“Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.”²

² Código Civil para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005

El poder absoluto que tenía el padre, concepción que corresponde a la antigüedad, sufre un cambio derivado de la inspiración de los enunciados del cristianismo, que influyen en las concepciones del sistema jurídico occidental, hasta convertirse en un deber-función.

El fin de ésta función, es un fin social, en el cual tiene un objetivo principal el Estado, el de vigilar el interés superior de los niños y las niñas.

Es entonces la patria potestad en su concepción moderna, una institución jurídica, que contempla las relaciones paterno filiales, que sufre modificaciones al transformar ese poder en deber, es una facultad que corresponde a los progenitores y es oponible a terceros en ciertos casos, que a evolucionado a ser una función a cargo de los padres, cuyo interés primordial es la asistencia y cuidado de los hijos así como la administración de sus bienes.

2.2. Concepto de patria potestad en la Legislación del Distrito Federal.

El vocablo patria potestad viene del latín *patrius*; lo que es relativo al padre y *potestas*; potestad en relación a la autoridad, cabe mencionar que en los ordenamientos actuales no solo es vista como un poder, sino como un deber que les corresponde a los ascendientes del menor.

El Código Civil para el Distrito Federal, no ofrece una definición de esta institución, sin embargo proporciona los datos necesarios para poder determinar; los elementos tanto subjetivos como objetivos que la conforman, los efectos respecto de la persona y de los bienes de los hijos. Así mismo

nos menciona la manera en que se pierde, se limita o se suspende el ejercicio de la misma.

Son los artículos 412 y 413 dentro del Código Civil Local, los que nos dan una concepción de esta institución al señalar que:

“Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.

Artículo 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.”³

Así mismo son diversas las definiciones que sobre ésta institución se tienen en la doctrina, algunas de ellas nos mencionan lo siguiente:

Guillermo A. Borda define esta institución como: “... el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...”⁴

Pina de Vara en su Diccionario Jurídico dice que es el: “Conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidas a quienes la ejercen

³ Ídem Pág. 35

⁴ BORDA, GUILLERMO A.- “Tratado de Derecho Civil”, Familia Tomo II, Perrot Novena Edición Argentina 1993 Pág. 405

(padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.⁵

Planiol la define como: “el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres”.⁶

Galindo Gárfias señala que: “la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se 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 minoría de edad lo requiere”.⁷

El maestro Chávez Ascencio menciona que la patria potestad debe entenderse como: “el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes”.⁸

López del Carril dice al respecto “la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos naturales y sociales reconocidos por las leyes, que competen a los padres sobre cada uno de los hijos menores de edad y mientras éstos no se hayan emancipado u obtenido habilitación”.⁹

De los conceptos antes mencionados se define a la patria potestad como; una relación jurídica entre padres, abuelos e hijos, en algunos casos,

⁵ DICCIONARIO DE DERECHO, De Pina Vara, Rafael, Editorial Porrúa

⁶ PLANIOL, MARCEL Y OTRO.- “Biblioteca Clásicos del Derecho”, Derecho Civil Volumen VIII, Oxford, México , 2001 Pág 233

⁷ GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Ob. Cit. Pág. 656

⁸ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.- “La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Porrúa Tercera Edición, México 1994 Pág. 300

⁹ LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO.- “Patria Potestad, Tutela Y Curatela” Depalma Ediciones. Argentina, 1993. Pág. 6

origina derechos y deberes, con el fin de permitir que se cumpla con la función de educar y asistir a los menores, y además la administración de sus bienes en forma temporal, impuesta por el Estado para regular las relaciones paterno filiales.

2.3. Fundamento jurídico de la patria potestad en el Distrito Federal.

El fundamento de ésta potestad sobre los menores, como ya se ha mencionado, se encuentra basada sobre un hecho natural que es la procreación, está fundada además en una característica de incapacidad de los menores, en razón de una falta de aptitud de gobernarse así mismos, hasta el momento en que es considerado legalmente como mayor de edad, o por las circunstancias que la misma ley menciona como es el caso de la emancipación, con lo cual se libera de alguna manera de esta autoridad.

El Código Civil para el Distrito Federal no se refiere a la patria potestad como una potestad, la señala de alguna manera como un conjunto de obligaciones. Hoy de acuerdo a las últimas reformas en el año 2004, éstas obligaciones no solo se refieren a quienes tengan la guarda de los menores, sino hacia el padre que no la tenga, en el caso de encontrarse separados, imponiéndoles la carga de continuar con el cumplimiento de sus deberes, así como el de permitir la convivencia con el padre o la madre que no tenga a su cargo la guarda y custodia del menor, quienes además se dividirán la mitad del usufructo de los bienes del menor que la ley les concede.

Dentro del mismo ordenamiento en su artículo 418 se hace referencia a las facultades de los que ejercen la patria potestad, al mencionar la facultad que tienen para su corrección y buen ejemplo, sin que esta

corrección de los menores les llegue a afectar en su integridad física, psíquica o sexual.

Es importante mencionar que el Código Civil local, dice que en relación al domicilio del menor que está sujeto a la patria potestad, debe considerarse el mismo de quien la ejerce, y el del menor que no está sujeto a la patria potestad, será el de su tutor, Así mismo será necesario en relación al menor sujeto a la potestad de sus padres o su tutor, el que éstos den su consentimiento para que este pueda contraer matrimonio.

La ley en cuestión, menciona las facultades que tiene el juez de lo familiar en los casos de divorcio, al dar una resolución definitiva deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes derivados de la patria potestad, donde se manifestará sobre su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso, sin liberar a ninguno de los padres de las obligaciones que tienen hacia sus hijos.

Es así como Código Civil para el Distrito Federal, viene contemplando todas las facetas de ésta Institución (que aún es perfectible) y que sirven de fundamento, para que los sujetos que contempla, los órganos estatales, y la sociedad, al ser vislumbrada la patria potestad como una institución de orden público e interés social, pueda tutelar el interés del menor.

2.3.1. Elementos personales de la patria potestad

Son los elementos personales que ejercen la patria potestad los sujetos activos, así como los elementos pasivos sobre quien se ejerce. Los

que integran esta relación, la que como advertimos anteriormente se refiere a una relación jurídica, por lo que otorga tanto facultades como deberes, con el fin de alcanzar una función tuteladora de los menores.

Al ser reformado el Código Civil para el Distrito Federal, se termina la distinción que éste hacía en relación a los hijos legítimos y los hijos ilegítimos, al hacer esta distinción se tenía que los hijos legítimos estaban bajo la patria potestad de ambos padres si uno fallecía quedaba bajo la potestad del que le sobrevivía, si no estaba ninguno quedaba a cargo de los abuelos paternos y ante la imposibilidad de éstos de los abuelos maternos.

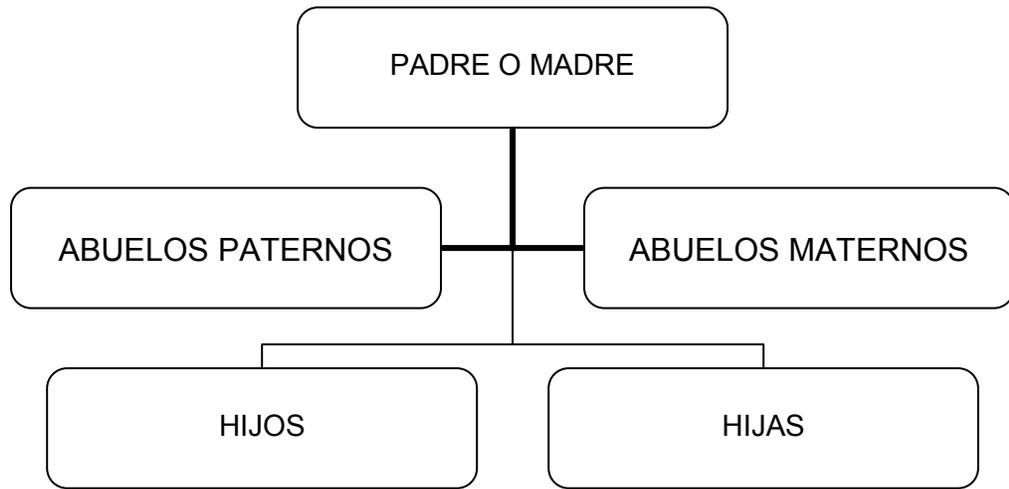
Se mencionaba que los hijos ilegítimos se encontraban bajo la patria potestad de los padres, si faltaba uno sería el que le sobrevivía, a falta de ambos serían los abuelos paternos o maternos según lo decidiera el juez de lo familiar.

De lo anteriormente mencionado se desprende que la legislación para el Distrito Federal señala como los elementos personales a los siguientes sujetos de ésta relación jurídica; los hijos y las hijas, al padre y la madre, o a uno de ellos en caso de la ausencia de alguno, a los abuelos paternos o maternos según lo sea determinado por el juez de lo familiar.

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, 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.”¹⁰

¹⁰ Ídem Pág. 35



Es importante mencionar que la ley les impone a dichos elementos personales ciertas obligaciones hacia los demás sujetos que integran esta institución, obligaciones que serán mencionadas posteriormente en el presente capítulo.

2.3.1.1. Quien la ejerce.

Corresponde el ejercicio de la patria potestad al padre, a la madre, a los abuelos paternos o maternos si no la ejercieran los padres, como ya se mencionó la participación de ambos padres es necesaria en el caso de matrimonio o concubinato, situación que no era concebida anteriormente.

El maestro Chávez Ascencio se refiere a lo anterior diciendo que “...participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos. Solo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieran ejercer la

patria potestad, lo hará el que quede. Esta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio la patria potestad la ejercía en forma soberana solo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta, ni era capaz de administrar su propios bienes.”¹¹

Dentro de la práctica de éste ejercicio pueden surgir desacuerdos en algunos temas como la educación religiosa, la educación escolar, viajes, o intervenciones quirúrgicas, que en algunos casos pueda representar extrema urgencia, por lo que al ser esta institución establecida con un fin benéfico para el menor, deberá tomar la decisión el que se encuentre, tomando como base que esta decisión será hecha como buen padre de familia.

En los casos en que los padres no se pongan de acuerdo, podrán solicitar sin que se requieran formalidades especiales la intervención del juez de lo familiar, quien tiene las facultades necesarias para poder intervenir y resolver sobre las diferencias o conflictos que se tengan, como en el caso de la administración de los bienes que posea el menor.

Aunque no es mencionado por el Código Sustantivo Local. Es importante determinar que la patria potestad en el caso de ausencia de ambos padres, no se ejerza en forma compartida por un abuelo de un lado y otro abuelo por el otro lado, ya que esto afectaría el desarrollo físico y psicológico del menor, por lo que deberá restringirse a una sola línea.

Sin embargo, en el caso de que exista la ausencia de ambos padres y aunque el juez de lo familiar tenga facultades legales para poder intervenir y decidir quienes los sustituirán, cuando exista una decisión por vía testamentaria en la que se hubiera determinado que personas diferentes a

¹¹ CHÁVEZ ASECIO.- Ob. Cit., Pág. 302

los abuelos deberán ejercer una tutela testamentaria, se tendrá que estar a ésta disposición.

Base de lo anterior los siguientes artículos del Código Civil Local:

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

Artículo 471. El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.”¹²

Como ya se mencionó la patria potestad se ejerce mancomunadamente, sin embargo puede nombrarse un administrador común en relación a los bienes de los hijos, o para su representación en juicio, pero siempre contando con el consentimiento de ambos padres.

Debemos recordar que el marco legal para el Distrito Federal contempla situaciones por las que se puede suspender, limitar o perder este ejercicio, y que deberá continuarlo a quien le quede dicha potestad. Pero las obligaciones a favor del menor prevalecerán ya que la patria potestad es irrenunciable y solo permite excusas en cuanto la edad o el mal estado físico.

¹² Ídem Pág. 35

2.3.1.2. Sobre quien se ejerce.

La patria potestad tiene como sujetos pasivos, o sea sobre quienes se ejerce ésta institución, a los menores de edad no emancipados, con la condición, de acuerdo a lo que marca el Código Civil para el Distrito Federal, de que exista alguno de los ascendientes padres, abuelos paternos o maternos que les corresponda su ejercicio conforme a lo que indica la ley.

Es entonces que para determinar quienes son estos elementos personales sujetos a la patria potestad, se deben de encontrar dentro de dos supuestos, el primero es el que sea hijo y tenga minoría de edad, y como consecuencia de ésta segunda, que al ser menor de edad no se encuentre emancipado.

Es entendido que el fundamento jurídico social que tienen los hijos y las hijas, es el derecho a la vida y el deber que tienen los padres a su protección, éste deber se convierte en función para proporcionar al menor alimentación, vestido, educación y recreación entre otros conceptos.

Sin embargo de los efectos que se derivan de la patria potestad, se dice que al terminarse la minoría de edad antes mencionada, no terminan las relaciones jurídicas que una vez se derivaron de la filiación, ya que aún, mas allá del deber de honrar y respetar al padre y a la madre, estarán sujetos a la obligación de proporcionar alimentos a sus ascendientes (padres, abuelos paternos y maternos) en caso de que éstos no sean autosuficientes.

Sara Montero menciona que “los deberes de los hijos y de las hijas no se derivan de la patria potestad, sino de la calidad de descendiente, ya que estos deben cumplirlos sin importar su edad, condición o estado...”¹³

De lo anterior se entiende que la institución de la patria potestad tiene características muy especiales, como es su aspecto tanto moral, como social, al buscar que la familia se conduzca en plena armonía y de que ésta armonía se vea reflejada en la sociedad.

El interés que tiene la sociedad sobre la protección de los menores se ve reflejado en el ámbito local, al ser creada por la asamblea legislativa, la Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, donde se nos menciona tanto el ámbito personal como espacial de aplicación, así como el objeto que se persigue:

“Artículo 1.- la presente ley es de orden público, interés social y de observancia general en el distrito federal. Los beneficios que se deriven de esta ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el distrito federal.

Artículo 2.- La presente Ley tiene por objeto:

I.Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;

II.Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños;

III.Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención,

¹³ MONTERO DUHALT, SARA.- “Derecho de Familia”, Porrúa, segunda Ed. México 1985. Pág.346

protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas y niños a fin de:

- a. Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños;
- b. Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;
- c. Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado;
- d. Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.”¹⁴

La patria potestad como ya fue mencionado también contempla para los hijos e hijas deberes, obligaciones y derechos, considerando que éstos tienen dignidad y libertad, además en la actualidad el poder sobre los bienes del menor, se ha transformado en una administración de sus bienes de acuerdo a las limitantes que señala la ley.

2.3.2. Características.

La base de las características de la patria potestad se ubica sin duda, dentro de su naturaleza jurídica, de ésta figura dichas características son:

Irrenunciabilidad: Al tratarse esta institución de las consideradas de interés social y orden público, ésta característica es fundamental ya que no

¹⁴ Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal

permite que el padre o la madre puedan sustraerse al cumplimiento del deber de protección, ya que la legislación no permite renunciar a derechos privados que afecten al interés público o a terceros, por lo que realizarán su función de manera inexorable.

Intransmisible: La patria potestad pertenece al grupo de derechos, obligaciones y facultades familiares que no pueden ser delegadas, ya que éstas se encuentran fuera del comercio, es importante mencionar que todo acto que se realice tendiente a transmitir este ejercicio será considerado nulo.

Existe una excepción a esta característica y es la que se refiere al acto de transmisión de la patria potestad a consecuencia de la adopción.

Imprescriptibilidad: Al ser parte, la institución de la patria potestad del Derecho Familiar, los derechos, obligaciones y deberes no se extinguen con el simple paso del tiempo.

Tracto Sucesivo: Su ejercicio es continuado y deberá cumplirse por el tiempo que sea necesario y no se agota con su desempeño, su realización se refiere a la serie de actos en atención a la educación, cuidado y guarda del menor.

Orden público: El Estado se encuentra interesado en ésta institución, para lograr la formación integral de los menores que se hayan bajo ésta potestad, por lo que no es posible su renuncia.

2.3.3. Derechos y obligaciones de los padres y menores.

La patria potestad impone a los sujetos de derecho que la integran ciertas obligaciones, que se verán reflejadas en el ejercicio de ésta institución, en el caso de los padres les asigna los deberes de; crianza de sus hijos, de alimento y de educación, de acuerdo a la condición en que se encuentren, además mencionando que lo anterior deberá hacerse de común acuerdo por quienes ejercen esta potestad.

No se debe olvidar que existe una relación jurídica, de la cual nacen derechos y obligaciones recíprocos y deben de tener la característica de que su cumplimiento sea ineludible, para que los ascendientes puedan cumplir con su objeto.

El maestro Chávez Ascencio sobre esta relación jurídica dice "...no se puede desconocer que se trata de una relación jurídica entre personas, que lo son los progenitores y sus descendientes, padres e hijos, y que ambos son sujetos de derecho, pues de lo contrario no podría haber relación jurídica alguna...".¹⁵

La ley le reconoce al menor la capacidad para ser sujeto en ésta relación, por lo que también deberá sujetarse a ciertas obligaciones, como el de vivir con sus padres y el reconocer de sus padres el derecho de corregirlo y educarlo, así como el permitir que quien ejerce sobre él la patria potestad, pueda administrar sus bienes y permitir que se pueda disponer de parte del usufructo de éstos.

¹⁵ CHÁVEZ ASECNCIO, MANUEL F.- Ob. Cit. Pág. 315

La importancia que tiene el que los padres cumplan con sus deberes permitirá que el desarrollo físico, espiritual y social del menor, pueda alcanzar los objetivos que le correspondan en beneficio del hijo.

2.3.4. La patria potestad como aspecto genérico; guardia y custodia como especie

La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia originada principalmente por la filiación y la adopción, cuyo objeto es el de dar al menor la asistencia, guarda y protección necesarias para su formación integral, así como la administración adecuada de sus bienes.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, se determina que la patria potestad es una institución, cuyo objetivo es la función de amparo genérica, que la ley le reconoce al padre y a la madre, con relación a sus hijos menores no emancipados, para cumplir con el objeto de darle a los menores el apoyo necesario, por lo que deberán contar con el ejercicio de la guarda y custodia para poder realizar dicha función de una manera integral.

La custodia es una situación jurídica que se deriva de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de un convenio realizado entre los sujetos a quienes les corresponde de origen.

El principal objetivo de la custodia, es el que la persona o personas que la ejerzan tengan la posibilidad de darle al menor un cuidado y una vigilancia directa, decidiendo sobre el lugar donde vivirá, y los aspectos inmediatos de su formación.

La custodia solo se refiere a la sujeción, que del menor tiene una persona para su cuidado y vigilancia, de una manera formal y por un tiempo determinado.

La custodia tiene una estrecha relación con la patria potestad, ya que es complementaria de ésta, y tiene como sentido la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado, y la podemos definir como el derecho y obligación que tienen principalmente los padres con el fin de proporcionarle la mayor atención y bienestar al menor.

Sin embargo, no se puede negar la similitud que tienen ambas instituciones jurídicas patria potestad y custodia, ya que comparten pretensiones, pero ambas son distintas entre si, ya que la custodia solo se refiere al cuidado del menor, y la patria potestad además de dicho cuidado, también tiene dentro de sus obligaciones la administración de los bienes de los hijos e hijas.

Es importante mencionar que el ejercicio de ambos institutos, patria potestad y custodia, pueden tenerlo entre ambos padres, o solo uno de ellos, pero quien tenga el ejercicio de ambos institutos o indistintamente solo uno de éstos, deberá corregir al menor o menores que estén a su cargo, y observar además una conducta que les sirva de ejemplo.

La guarda es una institución que se configura como una medida de protección del menor desamparado, esta es la circunstancia que le da origen, es entonces una relación fáctica de protección.

La ambigüedad que tiene este instituto al ser confundido con otras instituciones como la patria potestad, la custodia o la tutela. Debe en principio

ser regulada de una manera mas clara en el Código Civil Local para evitar que su conocimiento sea tan oscuro.

La guarda es mencionada en el Código Civil para el Distrito Federal, señalando solo algunas facultades y obligaciones a quien la posea, es el caso del tutor a quien se le prohíbe casarse con la persona que está a su guarda, a no ser que obtenga dispensa.

En relación a los casos de divorcio, o la declaración de los matrimonios nulos, la sentencia que se emita deberá resolver en forma definitiva sobre la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, o en el caso de reconocimiento por parte de personas que no vivan juntos, deberán convenir quién la ejercerá, además dicho Código determina que será considerada como violencia familiar la que se ejerza sobre las personas que se encuentren sujetas a su custodia y guarda.

Por esto es muy importante que tanto, la ley como la doctrina definan de una manera mas clara estas instituciones, para evitar la confusión entre las familias, ya que esto se refleja en un sin fin de conflictos familiares, que abonan a una atención menos efectiva por parte de las instituciones sociales, jurídicas y administrativas, que se encuentran con las facultades para intervenir, pero con recursos humanos y materiales limitados para cumplir con su fin.

Es entonces que se debe considerar a la patria potestad como el género jurídico universal, mientras que la custodia será la especie del cuidado de los hijos.

2.3.5. La patria potestad en relación con la tutela y la curatela.

La tutela es una institución que tiene como objeto la representación, asistencia y administración de los bienes de los mayores y de los menores que no estén sujetos a la patria potestad, la tutela comprende por supuesto, a la persona del incapaz, cuya incapacidad puede ser natural y legal o solamente la segunda, y a sus bienes.

La definición que nos da el Código Civil para el Distrito Federal es la siguiente:

“Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.”¹⁶

Por la tutela se crea una relación jurídica entre el tutor (quien tendrá un cargo civil de interés público) por un lado y el pupilo por el otro, ésta relación origina deberes derechos y obligaciones. Existen tres aspectos dentro del objeto de la tutela:

1°. Es la guarda y cuidado del incapaz (incapacidad legal o natural)

¹⁶ Ídem Pág. 35

2°. El cuidado de los bienes del incapaz

3°. La representación del incapaz

Los sujetos de la tutela se clasifican en activos y pasivos, dentro de los pasivos encontramos a; los mayores de edad incapacitados, quienes deben contar con un tutor para que puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, la incapacidad se refiere a alguna limitación o alteración de su inteligencia o en su integridad física, emocional y sensorial ya sea temporal o permanente circunstancias que alteran su capacidad de ejercicio.

Al respecto el artículo 450 del Código local menciona:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”¹⁷

Los otros sujetos pasivos en esta relación son los menores de edad en quienes se deberán dar tres circunstancias:

¹⁷ Ídem Pág. 35

- a. Minoría de edad
- b. Que por cualquier causa no estén sujetos a la patria potestad
- c. Que no estén sujetos a otra tutela general

Los sujetos activos, serán las personas físicas que hayan sido designadas por testamento, por resolución judicial, quienes deberán representar al pupilo protegerlo y cuidarlo y además administrar los bienes de éstos. Intervienen como auxiliadores para ésta institución, el Consejo Local de Tutelas, los Jueces Familiares y el Ministerio Público.

La tutela es una obligación, como es el caso de la patria potestad y solo podrá excusarse por una causa legítima.

Las características de ésta institución son:

- I. Es un cargo de interés público, el interés radica en la necesidad de que los incapaces pueda ser representados y protegidos
- II. Es irrenunciable
- III. La duración del cargo es temporal; termina, por mayoría de edad de los menores, si no existe incapacidad natural
- IV. Es excusable por causas legítimas contempladas en el Código local
- V. Es subsidiaria
- VI. Es posterior a la declaración de estado de interdicción
- VII. Es removible; en caso de que el tutor se conduzca mal en relación a la persona o los bienes del incapaz.

Por su parte la curatela viene a ser una institución complementaria de la tutela y que tiene como fin el vigilar al tutor en cuanto al desempeño de su cargo y defender los intereses del pupilo.

El curador puede ser nombrado por el testador, o por un juez o por el pupilo mayor de diecisiete años.

Las características de la curatela son las mismas que la de la tutela:

- I. Un cargo de interés publico
- II. Irrevocable
- III. Temporal, su duración es de diez años
- IV. Excusable
- V. Unitario
- VI. Remunerado
- VII. Removible

Al contar ya con las características de cada una de las instituciones, patria potestad, tutela y curatela, aunque por si mismas todas tienen su particularidades, podemos concluir que éstas tienen un objeto común, la representación y asistencia del menor o incapaz según el caso, todas son obligatorias y las funciones que originan son de interés publico.

Existe una condición en el caso de los menores. Para que puedan ser objeto de la tutela, será condición el que no se encuentre bajo el ejercicio de la patria potestad, por lo que se considera a la tutela subsidiaria de ésta.

Otro fin común entre estas instituciones es que a las tres les interesa que el patrimonio del menor, en el caso de que lo posea, sea bien

administrado, y en el caso del curador su papel será el de vigilar que así suceda.

2.3.6. Efectos de la patria potestad.

Las consecuencias que se derivan de esta institución, una vez que se origina la relación jurídica, es que produce una serie de deberes, obligaciones, sin olvidar el conjunto de derechos recíprocos, ya que al existir un deber por parte de uno de los sujetos, nace otro deber por parte del otro, y derivado de esto se crea el derecho de exigir el cumplimiento de estos respectivos deberes.

El maestro Galindo Garfias en atención al surgimiento de ésta relación jurídica nos dice. "...que en este rubro es en donde se encuentra mas fácilmente la coincidencia de los intereses público y privado ya que se atribuye al padre y la madre con el fin de que críen y eduquen a su prole".¹⁸

2.3.6.1. Sobre los hijos.

Entre los efectos que se producen de la relación jurídica de la patria potestad, encontramos en forma general; la guarda, el cuidado, la educación, la corrección y la representación, analizando a continuación a que se refiere cada uno.

¹⁸ GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Ob. Cit. Pág. 666

El de representación del menor para comparecer en juicio o contraer obligaciones, se deriva de la incapacidad legal de ejercicio del menor.

La guarda y custodia se refiere a la obligación, de los que ejercen la patria potestad, de vigilar, de proporcionar al menor un cuidado directo y una vigilancia inmediata y directa, para lo que será necesario que el menor viva en la casa de su padre o madre o de quien la ejerza.

Para el hijo en el concepto mencionado anteriormente, será una obligación el vivir en la casa de quien ejerza la patria potestad, casa que no podrá dejar sin el permiso de quienes tengan ésta potestad.

El deber que tienen los padres de educación del menor, tiene en reciprocidad la obligación por parte de éste, de la obediencia, y por parte de los padres el observar una buena conducta que le sirva de ejemplo.

Sobre la corrección del menor, la ley ha tenido reformas, que no permiten actos de fuerza sobre los hijos o hijas que le signifiquen un daño físico o psíquico, ya que antes se le permitía darles golpes ligeros y de forma moderada.

En relación a los deberes de los que ejercen la patria potestad, en los casos en que se encuentren separados, deberán continuar cumpliendo con sus obligaciones y tendrán el derecho de vigilancia y convivencia con el menor.

No deberá oponerse el padre o la madre que tenga la custodia en forma provisional o definitiva, a que el menor conviva con el otro el otro padre o madre que tenga la patria potestad, procurando que exista el respeto y acercamiento con el otro ascendiente.

2.3.6.2. Sobre los bienes.

En razón a que los menores que se encuentren bajo la patria potestad no pueden disponer por si mismos de sus bienes, serán los que la ejercen, quienes podrán administrarlos y usufructuarlos y además, representar a los menores dentro y fuera de juicio.

Sin embargo la facultad que tiene el que ejerza la patria potestad, está limitada, pues no pueden administrar o usufructuar los bienes que el menor adquiera por su trabajo y solo sobre los bienes que, de acuerdo al Código local, adquiera por otro título, (herencia, donación, legado etc.) donde la propiedad y la mitad del usufructo corresponden al menor, y solo podrá administrarlos y usufructuar sobre la otra mitad.

Por otro lado es importante considerar que la representación de los padres continuará para los efectos de la firma de los actos jurídicos que correspondan.

La gestión de los bienes del menor por parte de quien tenga la administración, será considerada como de buena fe, y serán decisiones que toma como buen padre de familia, sin embargo la limitación de esta función, se da en el momento en el que se le puede exigir responsabilidad jurídica por daños y perjuicios ocasionados al menor. El Código Civil Local al respecto menciona:

“Artículo 439. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.”¹⁹

¹⁹ Ídem Pág. 35

2.4. Elementos objetivos de la patria potestad.

El objeto que persigue esta institución, que es la patria potestad, que como se ha venido mencionando se origina de la filiación, un hecho natural, que crea una relación jurídica entre ascendientes y descendientes, es el de proporcionar al menor, una formación integral correspondiente a determinada sociedad.

Es importante mencionar que la relación entre los sujetos que integran esta institución no se encuentra dentro de un plano de igualdad, y será ésta serie de elementos objetivos; obligaciones, deberes y derechos quienes le darán el equilibrio necesario para su funcionamiento.

Esta relación jurídica contiene los elementos objetivos que se analizan en lo siguientes incisos y que nos permitirán entender como se relacionan entre si.

2.4.1. La patria potestad como derecho.

Como ya ha sido mencionado, el concepto que se tiene de la patria potestad en los diferentes ordenamientos jurídicos ha evolucionado, por lo que ya no se entiende a ésta institución como un poder total que se impone a los que están sujetos a ella y a los bienes que les pertenezcan.

Es importante mencionar que la patria potestad no es una concesión que da el Derecho, sino corresponde a una facultad otorgada por el imperio

de la naturaleza, derivada de un vínculo biológico, el cual solo es calificado por la ley.

Creada esta relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo que originará derechos, deberes y obligaciones. El derecho en ésta relación se convierte en un medio para que se cumpla con un deber, y en la misma relación se tienen entre los sujetos tanto activos como pasivos derechos recíprocos, algunos de éstos derechos son:

Para los que se encuentran sujetos a la patria potestad: la guardia y custodia, la protección, la educación, la alimentación, la administración de sus bienes.

Para los sujetos activos, que son los que ejercen esta potestad: la guarda y vigilancia, corrección, el de nombrar tutor testamentario, representación legal, el usufructo legal.

2.4.2. La patria potestad como obligación.

El ejercicio de la patria potestad da origen a la relación paterno filial en donde, para ambos sujetos, el derecho impone obligaciones reciprocas, ya que al considerarse que el padre tiene que proporcionarle al menor un hogar, éste por consecuencia deberá vivir en él.

Así mismo el sujeto que la ejerce tiene como obligación de darle al menor una educación conveniente, permitiendo su formación física, espiritual, moral y espiritual, y por parte del menor deberá existir obediencia.

Es importante señalar que es parte de la formación del menor, el que los padres tengan que observar una conducta que sirva de buen ejemplo para formar su vida, carácter y educación y así poderse integrar posteriormente a la sociedad.

En el caso de la administración legal de los bienes del menor, es para el que la desempeña una obligación el rendir cuentas de este ejercicio, ahora bien ésta administración es temporal y terminará cuando el menor se emancipe.

2.4.3. La patria potestad como deber

Al hacer referencia de que la patria potestad es un deber, se debe entender esto como que a su ejercicio le corresponde un cumplimiento ineludible e irrenunciable por parte de quien la ejerce. Al tener esta institución un interés por parte de la sociedad, se tendrá como su objetivo principal, el cuidado, la atención y la asistencia del menor en el ámbito personal y en el patrimonial.

Se debe entender a la patria potestad como un deber recíproco entre los sujetos que la integran, así como derechos mutuos para hacer cumplir estos deberes, el maestro Quintanilla nos dice al respecto de los deberes de los hijos lo siguiente: "... que cualquiera que sea su estado, edad y condición, o sea, aún terminado el ejercicio de la patria potestad los hijos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes y dichas obligaciones morales

son tan importantes , que pueden derivar también en obligaciones de carácter económico como es la de los alimentos respecto a los padres ...”²⁰.

Al relacionar estos elementos, se llega a la conclusión de que esta institución en la actualidad se contempla como una función que tienen que realizar los padres, abuelos paternos o maternos según sea el caso, para cumplir con las acciones que deriven en que sea atendido por los sujetos activos el interés superior del menor.

²⁰ QUINTANILLA GARCIA, MIGUEL ANGEL.- “Lecciones de Derecho Familiar” Cárdenas Editor, México, 2003

CAPÍTULO TERCERO

3. La Intervención Judicial en la Patria Potestad

3.1. Derecho de Familia. 3.1.1. El Derecho Familiar como regulador de la patria potestad 3.2. Función tutelar del Estado. 3.3. La actividad subsidiaria de la autoridad judicial. 3.3.1. Ámbito patrimonial de la patria potestad. 3.3.2. Intervención judicial en el nombramiento de representante legal del menor. 3.3.3. La violencia familiar, como causa de la pérdida de la patria potestad 3.3.4. El Ministerio Público, y sus facultades en caso de violencia familiar. 3.3.5. Facultades del Juez en materia de divorcio en relación con la patria potestad.

3.1. Derecho de Familia.

El Derecho Familiar, de acuerdo a la doctrina, se encuentra ubicado dentro del Derecho Privado, que es el encargado de regular las conductas que se originan de las relaciones entre particulares, tutelando los intereses generales o colectivos y sus normas son irrenunciables. Lo anterior en contraposición con el Derecho Público que regula la estructura, organización y relaciones que existen entre los diferentes órganos estatales, de éstos con los particulares, así como con los diferentes Estados de la comunidad internacional.

El Código Civil para el Distrito Federal en su libro primero de las personas, señala, que se refiere a la familia, cual es la importancia de la familia y las normas jurídicas tendientes a regular sus relaciones y menciona

cual es la definición de las relaciones jurídicas familiares, específicamente en el título cuarto Bis, el cual destaca:

“Título Cuarto Bis

De la Familia

Capítulo Único

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

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

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

Artículo 138 Sextus.- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.”¹

Es importante mencionar que el Derecho de Familia tiene el carácter ser imperativo e irrenunciable, en el no existe la posibilidad de que los sujetos que lo integran, tengan en cuanto a su propia relación, autonomía de voluntad, sin perder de vista que el Derecho Familiar solo limita dicha voluntad, no la excluye a priori, sus normas tienen la característica de ser de orden público e interés social, y tendrá como objeto el regular; la

¹ “Código Civil para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005.

organización, formación, derechos y obligaciones que nacen de las relaciones familiares.

La importancia que tiene la familia como célula natural y primigenia de la sociedad, obedece a que en ésta se desarrollan diferentes relaciones, que posteriormente tendrán un impacto en la sociedad. Las relaciones nacen de hechos tales como; la procreación, la educación, la seguridad y la solidaridad entre sus miembros. Lo que da pie a la regulación de las mismas por el ordenamiento jurídico vigente.

Al quedar determinada cual es la importancia de la familia en la sociedad, el Derecho de Familia tendrá como fin, regular en un principio las diversas instituciones con las que se constituye la familia, estas son el matrimonio, el concubinato, el parentesco, la patria potestad, y la tutela.

Los aspectos contemplados por el Derecho Familiar son: la participación de los sujetos dentro de la organización de la familia, regular como se desarrollan las diferentes relaciones entre los miembros de ésta, como se manifiestan los vínculos entre los sujetos que la integran y como nacen y se desarrollan los derechos y deberes que terminarán por generarse por relaciones familiares.

Las instituciones con que cuenta el Derecho Familiar, referentes a la organización de la familia se ubican dentro de dos aspectos; el primero de carácter moral en el cual se encuentran la asistencia, ayuda mutua, lealtad, convivencia, y representación legal. El segundo se refiere a lo que concierne al aspecto patrimonial al que corresponden: los alimentos, los regímenes patrimoniales, las donaciones, el usufructo legal, el patrimonio de la familia y la sucesión legítima.

En lo concerniente a la separación de la familia el Derecho Familiar se refiere a situaciones como: la muerte, la nulidad de matrimonio, divorcio, la impugnación de la paternidad y la revocación de la adopción. Sin embargo se considera que la familia no se extingue, sino que solo se transforman los lazos y las relaciones que de ella emanan.

En el Derecho moderno la familia encuentra su origen en virtud del matrimonio, el concubinato y el parentesco consanguíneo.

Es entonces que dentro de la familia, se desarrollan diferentes tipos de relaciones entre los sujetos que la integran, y son estos estudiados por el Derecho Familiar, en relación a los sujetos las relaciones de parentesco son: 1) el parentesco consanguíneo (se encuentran dentro de éste las personas que descienden de un mismo tronco común), 2) el de afinidad (surge del matrimonio y se da entre el cónyuge y los parientes consanguíneos del otro) y 3) el civil (adoptante y adoptado).

Rojina Villegas señala un concepto de estos sujetos de Derecho Familiar. "...los sujetos en esta rama de Derecho Civil son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas y especialmente nuestro Código Civil vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo".²

Otros sujetos del Derecho Familiar son:

² ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- "Derecho Civil Mexicano", Derecho de Familia Tomo II, Porrúa, Novena Edición México, 1998. Pág. 232

- 1) Los que ejercen la patria potestad y los que están sujetos a ella,
- 2) Los tutores (tutor y pupilo);
- 3) Los curadores;
- 4) Los consejos locales de tutela y;
- 5) Los jueces familiares.

Por último son considerados como sujetos del Derecho de familia, en nuestro sistema jurídico, los concubinos, figura jurídica que de alguna manera ha venido adquiriendo importancia y por lo tanto esta figura se ha equiparado al matrimonio.

El contenido del Derecho Familiar esta formado por las normas jurídicas que regulan las relaciones que vinculan a los sujetos que se encuentran ubicados dentro de éste derecho. Sin embargo intervienen además algunos órganos estatales para dar validez a institutos como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, entre otros.

Al respecto la maestra Sara Montero ofrece esta definición: "En forma mas amplia y descriptiva se puede decir que el contenido del Derecho de Familia está formado por las normas jurídicas que reglan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, surgidas éstas por matrimonio, concubinato o parentesco".³

Es entonces que el Derecho de Familia tiene como objetivo, que la vida íntima de la familia y de los sujetos que la conforman, se conduzca de acuerdo a los fines de bienestar, respeto, apoyo. Y proporciona las reglas para darle a los actos en que interviene la familia, la validez jurídica correspondiente.

³ MONTERO DUHALT, SARA "Derecho de Familia", Porrúa, segunda Edición México 1985 Pág. 32

3.1.1. El Derecho Familiar como regulador de la patria potestad

Dentro de esta institución natural llamada familia, es donde se desarrollan relaciones que originan desde el plano legal, derechos y obligaciones, también llamados derechos subjetivos familiares y que se originan precisamente de relaciones como el matrimonio, el concubinato, el parentesco, la tutela y la patria potestad.

El Derecho Familiar como una rama del Derecho Civil tiene como uno de sus objetivos, el regular las relaciones paterno filiales, que como se ha venido mencionando, corresponden tanto a los padres como a los hijos, y en el caso de la patria potestad a los abuelos en forma sustitutiva.

Es importante mencionar el Derecho Familiar tiene una función tuteladora en la figura conocida como patria potestad, ya que en ella las relaciones que se desarrollan cotidianamente no se encuentran dentro de un plano de igualdad, quizás originado por las diversas costumbres culturales, que han venido marcando el plano en que se desenvuelve y desarrolla la vida familiar, al reconocerle a uno de los sujetos una autoridad paternal, sobre el otro.

Por lo antes mencionado el Derecho de Familia regula la relación que se da entre los padres con su poder paternal, derivado del hecho biológico de la procreación, como uno de los aspectos constitutivos de la familia, y sus hijos menores de edad, procurando que los derechos y obligaciones que se deben entre si, sean dentro de un ámbito de respeto y apoyo

Al Derecho Familiar le importa que la institución de la patria potestad prevalezca y que cumpla su función protectora del menor, en razón de su

incapacidad natural y legal, función que pone a cargo de sus padres, para su educación y sana formación en aras de un desarrollo integral del menor.

El Derecho Familiar reconoce que la patria potestad, se ejerce sobre los menores, y es un derecho que encuentra fundamento en la naturaleza misma, y que la ley solo confirma, además considera que tal derecho del padre y la madre es por un tiempo limitado, y que tiene como objeto la vigilancia de la persona, su desarrollo, y la administración y cuidado de sus bienes.

De igual forma se le reconoce a los padres derechos como son; el de educar a sus hijos, convivir con ellos, administrar sus bienes, cuidar su desarrollo, además existen deberes recíprocos para los menores con sus padres, que éste Derecho contempla cuando tutela la organización de la familia en el aspecto genérico y la patria potestad en forma particular, como es el caso de vivir en la casa de quien ejerce la patria potestad, el solicitar su consentimiento en el caso de que quiera casarse, el otorgar parte del usufructo a sus padres derivado de la administración de sus bienes, entre otros.

Sin duda, que otro de los aspectos que contempla el Derecho de Familia, es el aspecto patrimonial de la familia, siendo uno de los puntos importantes la obligación de proporcionar alimentos sobre quien se tenga la patria potestad, este deber contempla no solo los alimentos como sinónimo de comida, sino se les deberá dar vestido, un hogar, la atención médica y hospitalaria, educación, esparcimiento, etc., así como proporcionarles ayuda en el caso de los gastos de embarazo y parto.

Otro de los puntos importantes relacionado con los alimentos y contemplado por el Código Civil Local, es la obligación que tienen los padres

de brindar al menor una educación para su desarrollo profesional o en su caso un oficio o arte de acuerdo a las circunstancias; económicas, morales y personales de los padres, que les permitan vivir dignamente.

Sara Montero en su libro Derecho de Familia al respecto dice: “,,, los alimentos no solo deben consistir en la comida propiamente dicha, sino en todo lo que necesita un acreedor no sólo para la vida (“No solo de pan vive el hombre”), sino aún en su muerte, y tratándose de los menores, los elementos requeridos para su desarrollo intelectual, pues la educación y la instrucción son tan necesarias a la formación mental y moral del sujeto, como los elementos materiales lo son para el sustento del cuerpo”.⁴

Es importante mencionar que el mismo Código Civil Local contempla que éste deber es reciproco, ya que en caso de que los padres los necesiten corresponde a los hijos el proporcionarlos.

3.2. Función tutelar del Estado.

El Estado es concebido como la agrupación humana que se organiza en un territorio, a través de múltiples lazos de solidaridad, estructurado y regido por un orden jurídico, aplicado y sancionado por un poder o autoridad, para la realización de sus fines comunes.

Esta organización política y social llamada Estado va a permitir que dentro de su estructura se lleven a cabo diferentes tipos de relaciones, a las cuales deberá proporcionar los elementos; materiales, políticos y jurídicos que sean necesarios para su funcionamiento y su desarrollo.

⁴ MONTERO DUHALT, SARA.- Ob. Cit. Pág. 61

El Estado a través de los órganos que lo constituyen, con base en instituciones políticas, legislativas y jurídicas, en las diferentes esferas municipales, estatales y federales dará la validez a los actos que realicen los particulares y de éstos con el mismo Estado, la intervención del Estado no solo consistirá en proporcionar las herramientas necesarias para que las relaciones y los actos se lleven a cabo dentro del marco legal, sino que es el encargado de vigilar los intereses que la sociedad considera como superiores, esto es que sean considerados de orden público e interés social.

La Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto, fracción; segunda y tercera, regula las condiciones y bases de la familia al consagrarla como garantía individual:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”⁵

Este mismo artículo constitucional en su último párrafo, señala cual es la base para las relaciones entre los sujetos que conforman la familia, así mismo le impone al Estado la obligación de proteger y apoyar a los menores.

“Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.”⁶

⁵ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Edición, México, 2004.

⁶ Ídem Pág. 68

Es en el artículo 4° constitucional donde se fundamentan el tipo de relaciones intersubjetivas paterno filiales, así como el papel que deberá desempeñar el Estado, de acuerdo al orden normativo correspondiente para la protección de los hijos.

Se debe mencionar que al papel que desempeña el Estado dentro de las relaciones familiares, como una obligación reflejada en el estatuto constitucional antes mencionado, el que deberá de tener como limite el poder que por naturaleza le es dado a los padres, razón por la cual su intervención solo le permitirá actuar como vigilante o regulador de que las relaciones que desarrollen en este núcleo básico de la sociedad, no vayan mas allá de lo que las costumbres, los principios morales y el orden normativo le permitan.

Al Estado le interesa que la familia se consolide como una organización base de la sociedad, en donde tengan su asiento los valores y principios que permitan que los vínculos existentes entre sus miembros se refuercen, ya que esto se verá reflejado posteriormente en su integración y participación en la sociedad y en el reforzamiento y sano desarrollo del Estado.

La tutela que le corresponde al Estado, en relación a la familia, se explica como una función que tiene como objeto principal el cuidar los intereses de orden publico, que se encuentran constituidos dentro del núcleo familiar, intereses que tienen preponderancia para la sociedad. El legislador local en el Distrito Federal, ha dispuesto que las normas que rigen las relaciones familiares sean de orden público e interés social lo que se consagra en el artículo 138 ya analizado.

El Estado a través de sus órganos tiene presencia en los diferentes actos jurídicos de Derecho Familiar, brindando certeza jurídica y por

consecuencia brinda protección a los derechos de los sujetos que integran la familia, para que estos actos Vgr. Matrimonio, reconocimiento de los hijos, adopción, divorcio, etc., no carezcan de validez, forma y sobre todo de certeza jurídica.

Otro de los aspectos importantes por lo que se determina que el Estado no puede permanecer ajeno a las relaciones familiares, es el hecho de que debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad, la tutela y es aquí, en donde la intervención del Juez de lo Familiar cobra gran importancia ya que es el encargado de prevenir actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapaces, basados en el interés social. Para ilustrar los comentarios antes mencionados se transcribe la siguiente tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“Localización

Novena Epoca Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII, Julio de 2000 Tesis: 2a. LXXIX/2000
Página: 164 Materia: Constitucional, Civil Tesis aislada.

Rubro

PATRIA POTESTAD. LA DECLARACIÓN SOBRE SU PÉRDIDA IMPUESTA AL CÓNYUGE CULPABLE NO CONSTITUYE UNA PENA O SANCIÓN (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE).

Texto

“...Por otra parte, la declaración sobre la pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable del divorcio se justifica por ser dicha institución de orden público, en la que la sociedad está interesada, advirtiéndose en el precepto de que se trata el espíritu del legislador de tomar las medidas convenientes para evitar la afectación de los intereses y el bienestar de los menores hijos habidos en el matrimonio, ya que seguramente ocasionaría serios conflictos entre los padres divorciados el hecho de que ambos

siguieran ejerciendo conjuntamente ese derecho, lo que naturalmente traería resultados nocivos en el cuidado, educación e instrucción de aquéllos, o sea, en su interés y bienestar. Lo dicho resulta comprensible si se toma en cuenta que en ese supuesto no existe un interés particular que proteger, pues la decisión que se tome respecto a la asignación de la patria potestad y la situación de los hijos en general, responde a un interés superior al individual y la voluntad de las partes, en estos casos, no es tomada en cuenta, sino a la luz de dicho interés. En efecto, ha de tenerse presente que la patria potestad como **ESTADO JURÍDICO QUE IMPLICA DERECHOS Y OBLIGACIONES PARA EL PADRE, LA MADRE Y LOS HIJOS, TIENE LA CARACTERÍSTICA DE SER UNA INSTITUCIÓN DE ORDEN PÚBLICO**, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan la sociedad está especialmente interesada, de tal modo que la determinación que el juzgador llegue a tomar al respecto trasciende el deseo o voluntad de los progenitores, pues el interés a satisfacer en esta clase de asuntos es el de la sociedad e incluso el del Estado, que buscan sobre todo el máximo bienestar de los menores hijos...”

Precedentes

Amparo directo en revisión 182/2000. Duly Esther Ricalde Quijano. 2 de junio del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rolando Javier García Martínez.”⁷

Por otro lado es importante mencionar, que la intervención que tiene el Estado, solo deberá ser a posteriori y en un carácter sustituto a la voluntad de los padres, con respeto a la autonomía de la familia y en situaciones particulares, que se mencionarán en éste trabajo posteriormente, sin contraponerse con las decisiones que solo correspondan a los sujetos que se encuentren dentro de la institución familiar.

⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, IUS 2004 11ava Versión séptima, octava y novena épocas

3.3. La actividad subsidiaria de la autoridad judicial.

Uno de los órganos estatales que tienen por mandato de ley, la función de vigilar los intereses de los menores, así como la solución de las controversias del orden familiar que le son expuestas, es el Poder Judicial y en particular el Juez de lo Familiar.

Este órgano jurisdiccional tendrá entre sus principales facultades, la de intervenir en los casos en los que se contrapongan los intereses del menor y el de sus ascendientes, siendo de vital importancia que el juez valore, que en esta relación paterno filial el poder de decisión de los padres, es una facultad que debe ser considerada en pro del cuidado del interés superior del menor.

Es importante considerar que la intervención Judicial, no debe anteponerse a la autoridad paterna y que solo debe considerarse como un recurso subsidiario en casos excepcionales, los cuales están indicados por el Código Civil para el Distrito Federal, como cuando se pueda presumir que existe abuso en la conducta de los padres para con sus hijos, por lo que se deberá apreciar y calificar si existen las causas para poder determinar la existencia del mencionado abuso.

Se puede mencionar como uno de los supuestos en los que el Órgano Jurisdiccional no puede intervenir, el que se refiere a la educación de los hijos, ya que se considera a los padres, quienes en primera instancia poseen la patria potestad, y que por lo tanto tienen la decisión sobre la educación, como jueces de los intereses filiales en este ámbito, ya que lo anterior sería cuestionado como una injerencia en la vida íntima familiar.

Así mismo la ley les impone a los padres la obligación de que las decisiones respecto a la educación de los hijos, sean tomadas de común acuerdo según lo establece el artículo 168 del Código Civil Local.

“Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.”⁸

La valoración que hace el Juez de lo Familiar de las controversias familiares que ante él son presentadas para su apreciación y consecuentemente su resolución, deben ser evaluadas de forma casuística, considerando las particularidades en cada caso concreto, lo que le permitirá crearse una convicción sobre cada supuesto.

La intervención de la autoridad en el ejercicio de la patria potestad, será entonces necesaria cuando los intereses del menor se contrapongan con los de sus padres o solo con alguno de éstos, así mismo en el caso de que exista un abuso con respecto a los intereses superiores que la ley personifica en los menores

Derivado de lo anterior es evidente que dentro del ámbito de la patria potestad el Juez debe ejercer control a posteriori y solo cuando sea alterada la situación jurídica en ésta institución, por lo que se le reconoce al Juez de lo Familiar un carácter sancionador y como consecuencia tendrá la posibilidad de privar o suspender esta potestad.

⁸ Ídem Pág. 62

La ley precisa cuales y en que casos esta facultado el Juez para intervenir en el ejercicio de la patria potestad, por lo que su intervención esta vedada fuera de los supuestos especificados en el marco normativo.

La valoración de las causas llevadas ante su presencia deben ser consideradas por el Juez de lo Familiar, donde no solo debe atender si hay constancia de un ejercicio excesivo o inadecuado de la patria potestad que ha ocasionado un perjuicio real y actual, sino que además debe apreciar si de los mismos actos de quien ejerce dicha potestad, se ha ocasionado potencialmente un perjuicio a futuro.

Además de las facultades ya mencionadas, la autoridad judicial tendrá control en lo referente a la patria potestad en circunstancias de carácter; patrimonial relacionado con los bienes de los hijos, o en los casos de divorcio de quienes la ejercen, y además cuando exista violencia familiar.

3.3.1. Ámbito patrimonial de la patria potestad.

Corresponde a quien ejerce la patria potestad, en razón de que son representantes legales del menor, ejercer la administración de los bienes de éste, lo anterior basado en su incapacidad natural y legal para realizar por si mismos dicha función, por lo que la participación de ambos padres, de acuerdo a la ley, será necesaria para el ejercicio mencionado, esto sin dejar de observar que además de necesaria, significa un deber impuesto por la ley a los padres.

El maestro Chávez Ascencio nos menciona lo siguiente, con respecto a la representación antes mencionada: “La patria potestad significa una

representación total y diversa, a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual. La representación en cuanto a sus bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor, con las limitaciones impuestas por la ley.”⁹

La administración que se ejerce sobre los bienes de los menores, es una administración en nombre e interés de los hijos, es decir el padre completa la capacidad de sus hijos, y ésta facultad de los padres sobre de los menores no emancipados, esta basada en la naturaleza de la relación paterno filial.

El ejercicio de la patria potestad otorga a los padres facultades diversas, como es la administración de bienes, y en razón a la representación que se tiene de los menores, la de pleitos y cobranzas, lo anterior siempre basado en las limitaciones que el mismo Código Local les impone, considerando que dichas facultades son en beneficio de los hijos.

Al referirse a los bienes del menor sujeto a la patria potestad, la Legislación Local menciona que se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo.

- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título

⁹ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.- Ob. Cit., Pág. 305

La misma Legislación Local indica; sobre los bienes que el hijo adquiriera por el producto de su trabajo, le pertenecerán en propiedad, administración y usufructo, así mismo tendrá la administración y propiedad sobre los bienes que por voluntad del padre o por ley tenga.

Sin embargo es importante señalar que aunque la ley menciona que le corresponde al menor la administración total de estos bienes, de la primer clase mencionada anteriormente, será necesaria la intervención de sus padres en el caso de la realización de actos jurídicos, tales como son: enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

En relación a los bienes adquiridos por cualquier otro título, dentro de los que se podrían mencionar, los que recibe por herencia, donación, o azar de la fortuna. Se tendrán en propiedad del menor, así mismo gozará de la mitad del usufructo. Y la administración y la otra mitad del usufructo le corresponderá a las personas que ejerzan la patria potestad.

Las personas que tengan la patria potestad administran los bienes al hijo, ya que lo representan legalmente, y ésta representación no tendrá mas limites que los establecidos para la realización de los actos de disposición, que requerirán autorización judicial, cuando exista contraposición entre los intereses del menor y los intereses de quien ejerza la administración.

Al respecto Alicia Pérez Duarte menciona: “La administración también es una facultad limitada en si misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del hijo e hija, pues atentaría contra el principio de conservación de los bienes que impera en este instituto. Así, el ejercicio de la patria potestad y de los derechos y facultades que le son inherentes no implica que quienes la ejercen puedan enajenar o gravar los bienes muebles o inmuebles

del o la menor sujeto a ella, a menos que sea absolutamente necesario y benéfico para el hijo o hija, extremo que deberá comprobarse ante el juez, ”¹⁰

Otras restricciones mencionadas en el Código Civil para el Distrito Federal, en relación a la administración de los bienes del menor por parte de quien ejerce la patria potestad, se refieren a que no podrán celebrarse contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas por dos, ni hacer donaciones de los bienes de los hijos o hacer remisión de sus derechos o dar fianza en su representación, así mismo le impone ciertas restricciones en la venta de los bienes que se encuentran bajo su administración.

Cuando exista la autorización por parte del Juez de lo Familiar para que se produzca la venta de alguno de los bienes, la Ley marca que el producto de la venta deberá ser aplicado al objeto autorizado como destino, y lo que resta será invertido en la adquisición de un inmueble o en una institución de crédito.

En relación a lo anterior, se tiene como objetivo, que la administración de los bienes antes mencionados deberá ser siempre con base al interés del menor, por lo que en caso de que dicha administración no sea correcta, se podrá exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se ocasione al hijo por el abuso de su representación. En contraposición ésta obligación tiene la característica de ser irrenunciable e intransferible.

Un tema importante derivado de la administración de los bienes de quien se encuentra sujeto a la patria potestad, se refiere al usufructo, tanto en los bienes de la primera, como en los de la segunda clase, mencionados en el

¹⁰ PÉREZ DUARTE, ALICIA.- Ob. Cit., Pág. 229

artículo 428 del Código Civil Local, descrito anteriormente en el presente trabajo.

Al respecto se debe apreciar lo especial de este tipo de usufructo, ya que la Legislación local al indicar que se entiende por usufructo nos dice:

“Artículo 980. El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.”¹¹

Es entonces que en relación a los bienes de la primera categoría, el disfrute que hace el menor del usufructo es de sus propios bienes no de bienes ajenos, y no precisamente de forma temporal.

En relación a los bienes de la segunda categoría el llamado usufructo legal del padre, difiere del usufructo en general ya que no puede enajenar o gravarlos, además no tiene derecho del tanto, y con relación a los alimentos, el usufructo deberá destinarse a ésta obligación, por lo que es evidente que este usufructo no se constituye a favor del usufructuario.

3.3.2. Intervención judicial en el nombramiento de representante legal del menor.

La representación del hijo, tiene su base en la incapacidad de ejercicio del menor, Esto es que el menor no tiene capacidad jurídica para obligarse en ciertas circunstancias de derecho, en razón de esto es el padre o la madre

¹¹ Ídem Pág. 62

quienes ejercerán en primer término dicha representación, corresponderá a los abuelos paternos o maternos éste ejercicio a falta de los padres, ya sea por ausencia o por muerte de estos. En relación a la mencionada incapacidad el Código Local menciona:

“Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.”¹²

La intervención judicial entonces, queda supeditada al control de ciertas garantías de la administración de los bienes de los menores incapaces, gestión que busca el provecho de los intereses del menor. Con lo que se pretende conservar el potencial de su patrimonio.

Al momento de existir un exceso en la facultad administradora del padre o la madre en relación a la administración del patrimonio, se requerirá un mayor control judicial, el cual se manifiesta por conducto de la necesaria autorización.

La autorización en los casos que marca la ley en ésta administración, enajenación, gravamen, donación etc., es fundamental ya que en caso de no contar con ella el acto será considerado como nulo, sin posibilidad de confirmación.

Como se estableció anteriormente, el padre no tiene mas límites en la administración, que los establecidos en la ley para la realización de los actos de disposición, que exigen la autorización judicial, sin embargo, cuando exista oposición entre los intereses del menor con los de los que ejerzan la patria

¹² Ídem Pág. 62

potestad, será necesario que el Juez de lo Familiar designe un representante judicial del menor.

La obligación que tiene el estado para salvaguardar los intereses del menor quedo establecida en el artículo séptimo de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que a la letra dice:

“**Artículo 7.-** Los Órganos Locales de Gobierno están obligados a otorgar y garantizar de la mejor forma posible, los servicios de defensa y representación jurídica para preservar los intereses de las niñas y niños, mismos que deberán ser gratuitos a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, la Defensoría de Oficio, la Procuraduría Social y todas aquellas creadas para este fin.”¹³

Se puede mencionar que la condicionante para que se justifique el nombramiento por parte del Juez de un representante legal del menor, es que se aprecien intereses contrapuestos, situación que deberá resolverse caso por caso, ponderando cada una de las circunstancias que concurren en cada supuesto.

3.3.3. La violencia familiar, como causa de la pérdida de la patria potestad.

El hombre como ser social se encuentra integrado en una comunidad donde se interrelaciona con los diferentes miembros que la componen, como parte de ésta comunidad social se encuentra la familia, con la cualidad de ser

¹³ “Ley de los Derechos de Niñas y Niños del Distrito Federa”

el componente primario y básico de ésta sociedad humana, es además en ésta donde se inician los vínculos emocionales, intelectuales, volitivos y legales. La familia como institución social permite que se produzca un desarrollo integral de sus miembros, a través de las relaciones intersubjetivas que en ella se realizan.

De lo antes expuesto, destaca en forma importante la interdependencia que se da entre los sujetos que integran la familia, pues es en su seno y a través de ella donde se transmiten los valores y factores culturales de una generación a otra, que permitirán el funcionamiento de la sociedad por medio de la educación personal y social que realiza la familia, siendo ésta función de socialización de sus miembros una de las principales tareas que a ésta le corresponde.

Sin embargo existen factores que se dan dentro del contexto familiar y que alteran la vida de sus miembros y sus propias relaciones y por consiguiente dificultan el desarrollo normal del núcleo familiar, uno de estos factores es la violencia. Conducta que se da sobre alguno o algunos de los familiares por parte de otro de sus integrantes. Teniendo repercusiones físicas, psíquicas y sociales, afectando la dignidad e integridad de las personas que la componen.

Una de las funciones del Estado es vigilar este tipo de conductas, ya sea desde una perspectiva de prevención o en su caso a través del uso de la ley como moderadora de estas acciones u omisiones, o el llegar a efectos de la pérdida de derechos respecto a sus relaciones familiares, o incluso tener consecuencias de carácter penal. Derivado de lo anterior, dentro de la Legislación Local existen ordenamientos jurídicos que se refieren a este problema, como son el Código Penal, la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, Etc.

Se debe entonces definir el término violencia, para poder entender como se desarrolla la conducta, cuales son los sujetos activo y pasivo de la misma y como es contemplada por las disposiciones jurídicas en el Distrito Federal.

En su Diccionario Jurídico el maestro Rafael de Pina define la violencia como “Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce.”¹⁴

Lo anterior permite identificar ciertas características de la violencia, como son; el que se desarrolla una conducta con la suficiente fuerza para que se obligue a un sujeto a hacer lo que no desea hacer, es una acción que transgrede la voluntad de una persona con el fin de someterla, utilizando el elemento de dominio por medio del abuso de la fuerza, una relación entre sujetos donde se realiza un ejercicio de poder cuyo fin es la subordinación moral y física de un sujeto por otro.

Dentro de las relaciones familiares este fenómeno se manifiesta, teniendo particularidades especiales, en razón de los vínculos que entre sus miembros se tienen, al contener elementos afectivos, de dependencia económica y emocional, además contiene una enorme carga cultural y tradicional, así como un gran peso social, significándose en que en enumeradas ocasiones se puede llegar a justificar o a aceptar éste tipo de acciones, encontrando su base en los estereotipos culturales que durante largo tiempo se han venido desarrollando tanto en las grandes ciudades, como en las zonas rurales apoyadas en sus usos y costumbres.

¹⁴ DICCIONARIO DE DERECHO, De Pina Vara, Rafael, Editorial Porrúa.

Luego entonces la violencia familiar es el ejercicio abusivo del poder, dentro de las relaciones que se dan entre los miembros de la familia, al realizarse actos de poder que agraden física, psicológica, sexual y verbalmente al mas débil, y que es considerada como violatoria de los derechos humanos, ya que se dirige a transgredir la integridad y el valor de la persona humana y atenta contra la libertad y el desarrollo de la victima que tradicionalmente se identifica con la mujer y con los hijos.

En el Distrito Federal en el año de 1995, la Comisión de Atención Especial a Grupos Vulnerables de la Asamblea Legislativa, convoca tanto a organismos gubernamentales, como no gubernamentales a debatir el tema de la violencia familiar, convocatoria de la que surge una iniciativa de Ley, que posteriormente el 26 de abril de 1996 es aprobada como la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. A la que posteriormente se le hacen reformas para quedar en lo que se conoce actualmente como la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal.

Es importante mencionar que ésta Ley y su reglamento tiene como fin, por ser dispositivos del tipo administrativo, el de asistir tanto a victimas como a agresores, así como el de prevenir dichas acciones de violencia entre los sujetos familiares. En su artículo 3° fracción III, considera la violencia familiar como:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entiende por:

III. Violencia Familiar: Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una

relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases.”¹⁵

El Código Civil Local fue reformado el 30 de diciembre de 1997, reforma que permitió se incluyera por primera vez en un Código Civil en México una regulación específica sobre la violencia familiar. Se contemplaron las consecuencias que tendría el empleo del abuso de los medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de los miembros de la familia. Estas normas al estar incluidas entre las de Derecho Familiar tienen la característica ser consideradas también como de orden público.

El bien jurídico que protegen dichas normas es la integridad de la persona humana, lo que se considera como un derecho que es contemplado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que en el ámbito del presente trabajo se refiere a la persona humana en su relación familiar, en donde deberán respetarse derechos tales como: el derecho sobre su propio cuerpo, a su individualidad, al honor, a su intimidad etc., todos los que son considerados derechos de la personalidad.

Al respecto el Código Civil Local su artículo 323 quáter, define a la violencia familiar no solo como el uso de la fuerza física o moral sino se refiere también a la omisión grave, así mismo en su artículo 323 quintus nos hace mención de otra conducta que se equipara a ésta:

“Artículo 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que

¹⁵ “Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005.

atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

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

Artículo 323 Quintus.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.”¹⁶

Los sujetos contemplados en las mencionadas disposiciones jurídicas son, tanto el generador, como el receptor de la violencia, que sea miembro de la familia, o quien se encuentre sujeto a custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, se puede también mencionar como sujeto de este fenómeno de violencia familiar a cualquier miembro de la familia quien tenga un parentesco por consanguinidad tenga o haya tenido parentesco por afinidad, civil, relación de matrimonio, o concubinato.

Al ser regulada la violencia familiar en el Código Civil, se ve reflejada en otras figuras del derecho familiar, es el caso de la relación que existe entre ascendientes y descendientes, en esta relación paterno filial se señalan derechos, obligaciones y facultades para ambos sujetos, sin embargo se le da un énfasis especial a la función que los padres deben tener; para procurar el desarrollo integral del menor, para su corrección, su educación, su cuidado y su alimentación, ya que la desatención de la obligación de proporcionarla también ésta es considerada como una forma de violencia familiar.

¹⁶ Ídem Pág. 62

A la sociedad le interesa de manera muy especial, el fenómeno que se da cuando son los hijos receptores de este abuso de fuerza, en consecuencia, a través de disposiciones jurídicas, se intenta la prevención de éstas conductas, al otorgar a los Jueces de lo Familiar, la facultad de tomar medidas precautorias y de protección, o las que considere pertinentes, para salvaguardar la integridad física y moral de los receptores de violencia en el hogar y considerando de manera especial la protección de los menores, cuestión que se encuentra contemplada en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, donde además se faculta al Juez de lo Familiar para que pueda intervenir aun de oficio en dichas controversias, tomando decisiones tales como el ordenar la salida del cónyuge de la vivienda donde habita el grupo familiar, prohibir al generador el acercarse al centro de trabajo o al lugar donde estudian los hijos y cónyuge o prohibirle se acerque a cierta distancia de los que hayan sido receptores de la violencia.

Sobre dichas facultades el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 941 menciona:

“Artículo 941.- El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.”¹⁷

Al respecto es el artículo 942 párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el que se refiere a la mencionada facultad preventiva y de protección, del órgano jurisdiccional a través del Juez de lo Familiar al mencionar lo siguiente:

¹⁷ “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México, 2005.

“Artículo 942.- (...)

Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la Republica 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.”¹⁸

Tiene un interés especial para la sociedad el hecho de que sean los menores quienes reciban este abuso, mismo que se deriva, como se menciona anteriormente, de una acción u omisión de forma dolosa, que le cause un daño físico o psicológico a un menor de edad, ahora bien esta acción u omisión el ser cometida por el padre o la madre, tendrá efectos jurídicos, como resultado del uso desproporcionado de la autoridad paterna conocida como patria potestad.

En su título octavo artículo 444 el Código Civil se refiere a las causas de perdida de la patria potestad de la siguiente manera:

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

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 alimentaría inherente a la patria potestad;

¹⁸ Ídem Pág. 85

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieron 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.”¹⁹

Estas fracciones indican algunas características de lo que se conoce como abuso infantil dentro de la violencia familiar, sin embargo, debe señalarse lo ambiguo que parece el concepto mencionado en la fracción III que indica, que para ser considerada violencia familiar el abuso debe constituir una causa suficiente para que se produzca éste efecto, sin embargo son importantes las herramientas que en este particular hecho se le dan al Juez de lo Familiar, para que al expresar su resolución cuente con elementos tales como: el incumplimiento de la obligación alimentaría, el abandono a los hijos, o cuando sea cometido un delito contra el menor, para que se produzca el efecto jurídico de la pérdida de dicha potestad, basado en estos tipos de actos que pueden ser considerados como violencia familiar.

3.3.4. El Ministerio Público, y sus facultades en caso de violencia familiar.

Este órgano administrativo conocido como Ministerio Público, cumple con las funciones conferidas por el Estado, a través de las diferentes Leyes Orgánicas, cuenta con una de las características que lo definen en sus acciones y es el que en ésta institución procesal llamada Ministerio Público se personifica el interés público, esta es la representación social de los menores.

¹⁹ Ídem Pág. 62

La intervención del Ministerio Público dentro de las controversias de Derecho Familiar y en especial en lo referente a la violencia familiar cobra gran importancia, ya que a él le corresponde opinar en el proceso y fuera de él, cuando tenga conocimiento de la existencia de este tipo de hechos violentos, para que se tomen las medidas necesarias con el fin de que cese esta conducta, dentro de estas medidas podemos encontrar las que a continuación se enumeran.

- Participa exhortando al agresor para que se abstenga de cualquier conducta que pudiere resultar ofensiva para la víctima o víctimas.
- Solicitará a las autoridades administrativas o judiciales según el caso la aplicación de las medidas o sanciones necesarias para salvaguardar la integridad de los receptores de la violencia
- Canalizar casos de violencia familiar de las cuales tenga conocimiento a las autoridades administrativas
- Es escuchada su opinión por el juez para que sean aplicadas medidas para proteger al menor o a la parte agredida
- Tiene acción para pedir aseguramiento de alimentos cuando se incumpla con ésta obligación
- En cualquier circunstancia deberá velar para que se respete y se proteja el derecho que tienen los menores para convivir con los padres, con la única salvedad de que exista peligro inminente para los menores.

- Iniciar incidente criminal, cuando lo amerite el caso.

3.3.5. Facultades del Juez en materia del divorcio en relación con la patria potestad.

Una de las formas por las cuales se puede disolver un matrimonio válido, aparte del de la muerte de alguno de los cónyuges, es el divorcio, el cual viene a ser una forma de extinguir el matrimonio de forma legal, y que se debe tramitar ante autoridad competente y contar con resolución al respecto para que se rompa el vínculo entre los cónyuges.

En su libro Derecho de Familia la maestra Montero Duhalt nos da un concepto jurídico del divorcio: "...es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente, que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido."²⁰

Como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial se producirán efectos para los hijos, para los que el Juez de lo Familiar tiene especial consideración, ya que se deberá de resolver sobre los derechos de éstos, con relación a la patria potestad, ya que tendrá que tomar una decisión respecto a su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, en la sentencia de divorcio. Al respecto los maestros De la Mata y Garzón en su libro Derecho Familiar mencionan: "Debe señalarse que actualmente los Jueces tienen la mas amplia libertad de fijar tales cuestiones desde la formulación del Código y

²⁰ MONTERO DUHALT .- Ob. Cit., Pág. 196-197

hasta finales de los ochenta- pues anteriormente solo se sujetaba al juez según la causal de divorcio al efecto predeterminado en ley.”²¹

Respecto a las facultades que tiene el Juez de lo Familiar, en relación con el papel que juega en el caso de divorcio referente a los hijos, el Código Civil menciona:

“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.”²²

Sin embargo, es importante mencionar que en todo este proceso y pese a la amplia libertad que tienen los Jueces para tomar decisiones respecto al ejercicio o no de la patria potestad, sobre su limitación o suspensión en el caso de disolución del vínculo matrimonial, en ningún momento El Código Civil para el Distrito Federal, otorga al menor el derecho de opinar sobre la resolución que se dicte sobre quien ejercerá esta potestad.

²¹ DE LA MATA PIZAÑA, FELIPE Y GARZON JIMENEZ, ROBERTO.- “Derecho Familiar” y sus Reformas Más Recientes a la Legislación del Distrito Federal., Porrúa, Segunda Edición, México, 2005.

²² Ídem Pág. 62

CAPÍTULO CUARTO

4. Análisis de la Patria Potestad en el Marco Jurídico del Distrito Federal.

4.1. La patria potestad en el Código Civil Para el Distrito Federal 4.2. Regulación procesal de la figura de la patria potestad 4.2.1. Suspensión, pérdida y limitación de la patria potestad 4.2.2. Otorgamiento de la patria potestad a falta de padres 4.2.3. La Obligación Alimentaria de quien ejerce la patria potestad 4.3. Ámbito penal 4.3.1. Pérdida de la patria potestad y las facultades del Ministerio Público 4.3.2. Ley de prevención de la violencia familiar 4.4. La Convención sobre los Derechos de los Niños 4.5. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal 4.6. Análisis comparativo de la patria potestad en el Distrito Federal y el Estado de Hidalgo

4.1. La patria potestad en el Código Civil Para el Distrito Federal

La institución jurídica conocida como patria potestad, materia del presente trabajo, se encuentra colocada en el área de Derecho Familiar y está regulada principalmente en el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos del 411 al 448. Éste ordenamiento jurídico no ofrece una definición de ésta Institución, sin embargo delimita los deberes, obligaciones, regula las conductas y funciones que se dan en esta relación, así como los sujetos que la integran.

Al definir sobre que bases se debe dar la relación entre los sujetos que intervienen en la patria potestad como son; los ascendientes y descendientes, el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que debe imperar el respeto y la consideración mutua, lo cual incluye la convivencia y acercamiento que se debe dar entre los padres y los hijos, aunque por alguna circunstancia no vivan en el mismo domicilio, y que por razón de juicio conserven la patria potestad, sobre sus hijos.

Es en los hijos que sean menores de edad no emancipados, sobre quienes se ejerce la patria potestad (artículo 412 CCDF). Es importante mencionar que la evolución que ha tenido ésta institución, permite que él menor no realice un papel secundario dentro de ésta relación, ya que las decisiones que sobre el o sobre sus bienes tomen los ascendientes, que por ley la ejerzan (artículo 413 CCDF), deberá ser siempre en atención al interés superior del menor, decisiones que serán tomadas por los padres conjuntamente, o por uno de ellos si es el caso o por los ascendientes en segundo grado (artículo 414 CCDF) cuando falten los primeros.

La estructura de este núcleo social primario conocido como familia, cada vez con mayor frecuencia se ha visto afectada, ya que por diversos factores; sociales, económicos e ideológicos, entre otros, se llega a separar. Por lo que ha sido importante que en atención al interés superior del menor, ante la separación de los padres, éstos deberán continuar con los deberes y derechos hacia los hijos, dentro de los que se encuentran la guarda y custodia, teniendo que convenir ambos padres sobre su ejercicio, así como el derecho de vigilancia y convivencia, que solo podrá verse afectada por resolución judicial, de la misma forma continuará la obligación alimentaria (artículos 416 y 417 CCDF).

La convivencia como se menciona en el párrafo anterior puede ser limitada, suspendida o declararse su pérdida únicamente por mandato judicial, por lo que el ascendiente que evite que el menor conviva con el progenitor que no tenga la custodia podría perder este derecho. Al respecto se transcribe la siguiente tesis aislada.

“Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: II.2o.C.111 C Página: 1187 Materia: Civil Tesis aislada.

Rubro

PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA. SI NO HAY CONDENA AL RESPECTO, LA CONVIVENCIA DEL DEMANDADO CON EL MENOR DEBE SUBSISTIR.

Texto

La pérdida de la patria potestad debe ser declarada judicialmente, luego, mientras no se haya dictado sentencia condenatoria en ese sentido, el demandado mantiene el ejercicio de ese derecho respecto de su menor hijo, y no debe impedirse la convivencia entre ambos, ni siquiera por el hecho de que el padre se encuentre procesado penalmente. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 234/98. Ana Sánchez Olivares. 8 de julio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Sec: Francisco Trenado Ríos.”¹

En cuanto al domicilio del menor (artículo 421 CCDF), será el de quienes ejerzan la patria potestad y en caso de separación de éstos, le

¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, IUS 2004 11ava Versión séptima, octava y novena épocas

corresponderá el de aquel que tenga la guarda y custodia del menor, y éste no podrá dejarlo sin autorización de quien tenga ésta facultad o por autorización judicial, es importante que el mencionado domicilio no sufra cambios que perturben la convivencia con el progenitor que aún conserve éste derecho, por lo que el cambio de domicilio no se debe hacer unilateralmente por quien tenga la guarda del menor. Al respecto la siguiente tesis menciona:

“Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Enero de 2003 Tesis: I.3o.C.381 C Página: 1816 Materia: Civil Tesis aislada.

Rubro

MENORES. SU CAMBIO DE DOMICILIO NO PUEDE SER DETERMINADO UNILATERALMENTE POR EL PROGENITOR TITULAR DE LA GUARDA Y CUSTODIA, SI AMBOS PADRES CONSERVAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Texto

De la interpretación armónica de los artículos 164, 168, 413, 414, 416, 418 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, y en caso de la separación de los progenitores, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes, quedando el menor bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos (custodia), mientras que el otro tendrá la obligación de contribuir con el que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia, si no fue privado de la patria potestad. Por consiguiente, el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor, no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar en que debe vivir el infante, porque tratándose de esa decisión tan

importante debe intervenir también el otro progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el derecho de convivir con su hijo e, incluso, la obligación de velar por la formación física, espiritual y moral de él, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que le represente utilidad, lo que no podría llevar a cabo si éste es trasladado a un lugar distante sin su consentimiento o sin que se fijen previamente las bases de la convivencia y visitas entre ambos, por lo que es inconcuso que los dos padres deben resolver de común acuerdo ese cambio y en defecto de convenio, debe ser el Juez competente el que determine todo lo conducente a la formación y educación del menor, entre lo que destaca lo relativo al lugar y ambiente en que ha de desenvolverse, pues no es posible que sin una debida justificación se distancie a los hijos de sus padres, en tanto esto puede implicar una separación fundamental, ya que de cambiar el domicilio a un lugar muy lejano, sea dentro o fuera del país, es patente que el progenitor que no tiene la guarda y custodia no podrá disfrutar de la convivencia con su menor hijo en la forma en que lo venía haciendo, toda vez que no es lo mismo visitarlo en la propia ciudad a tener que salir incluso del país para lograr esa convivencia, lo que evidentemente acarrea notorios perjuicios no solamente para el progenitor sino inclusive para el menor, pues ya no se fomentarían con la misma intensidad y frecuencia los lazos afectivos entre ellos; de ahí que sea significativo valorar la conveniencia de que el menor cambie su residencia o, en su caso, fijar las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo ese cambio, en virtud de que esta facultad y correlativa obligación es una cuestión inherente al ejercicio de la patria potestad y coetánea de la vigencia del derecho de visita y convivencia con el menor. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 6123/2002. Octaviano Padilla Longoria. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.”²

² Ídem Pág. 93

Los menores que se encuentran sujetos a la patria potestad tendrán derecho a que se les proporcione educación que convenga a sus intereses, se debe mencionar que el concepto educar tiene correspondencia con la acción de corrección que señala la ley como facultad de los padres, sin embargo la limitante impuesta es que dicha corrección no se lleve a cabo a través de abuso físico o mental del menor, dando por entendido que la mejor educación es el buen ejemplo que deben dar los padres a los hijos, (artículo 422 y 423 CCDF).

En cuanto a la capacidad que tienen los menores para ejercer sus derechos, se debe entender que, mientras se encuentren sujetos a la patria potestad es evidente que los hijos solo tienen capacidad de goce, pero carecen de capacidad de ejercicio, por lo que corresponde a los padres la representación legal de éstos (artículo 424 CCDF)

La representación legal de los padres no solo se refiere a la persona de los menores, sujetos pasivos en ésta relación, a los que deberá representar también en juicio, sino que además comprende a sus bienes, de los que llevará la administración de dicho patrimonio, acordándose entre los que ejercen la patria potestad sobre quien llevará dicha administración, de acuerdo a lo que prescribe el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 425, 426 y 427 CCDF).

La administración sobre el caudal del menor no se refiere a la totalidad de éstos, ya que los que éste adquiere por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, además tendrá la propiedad y administración de los que tenga por voluntad del padre o por ley. (artículos 428 y 435 CCDF)

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal se señalan otra clase de bienes, que son los que el menor adquiere por otro título, entre los que se sitúan, los que adquiera por fortuna, herencia, donación, etc., donde la propiedad y la mitad del usufructo le corresponden al hijo y la administración y la otra mitad del usufructo le pertenece a las personas que ejercen la patria potestad, pudiendo éstos renunciar a la mitad del usufructo, lo que será considerado como donación (artículo 430, 431, 432 CCDF).

En cuanto a la administración de los bienes del menor, los padres tienen las mas amplias facultades, contemplando siempre el beneficio del menor, sin embargo no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos del hijo, sino es por una causa de absoluta necesidad y que tenga un beneficio evidente (artículo 436 CCDF) siempre mediando la autorización del Juez, mismo que impondrá restricciones respecto al producto de la venta, de acuerdo a las condiciones que marca el ordenamiento jurídico correspondiente (artículo 437 CCDF).

Sobre el derecho del usufructo que disfrutan los que ejercen la patria potestad, derivado de los bienes del menor sujetos a ésta, puede terminar en los casos en que se de la emancipación del menor, por la pérdida de la patria potestad, o por renuncia a éste derecho (artículo 438 CCDF), sin embargo durante el tiempo que dure dicha administración tendrá la obligación de presentar cuentas sobre de ésta (artículo 439 CCDF).

El Juez de lo Familiar tiene una importante participación dentro del aspecto de la representación legal del menor, ya que su intervención resulta determinante en el momento en que se opongan los intereses del menor con los intereses de quienes ejercen la patria potestad. Por lo que deberá vigilar que se lleve una buena administración de los bienes del menor, hasta el

momento en que le deban ser entregados junto con sus frutos cuando llega a su mayoría de edad (artículo 440, 441 y 442 CCDF).

La institución jurídica conocida como patria potestad puede acabarse por las causas naturales mencionadas en el Código Civil; ya sea por la muerte de quien la ejerce, por la emancipación del que esta sujeto a esta, por la mayoría de edad del hijo, o por dar en adopción al menor con lo que se trasmite ésta potestad. (Artículo 443 CCDF).

La patria potestad solo se puede perder por resolución judicial, cuando se condene a la pérdida de ésta potestad en los siguientes casos: cuando sea determinada por sentencia de divorcio o derivado del incumplimiento de la obligación alimentaria, cuando exista violencia familiar, por el abandono del menor por parte de los padres. Cuando se cometa delito doloso sobre los bienes o la persona del menor por quien ejerce la patria potestad, o cuando éstos últimos hayan sido condenados dos o mas veces por delitos dolosos graves (artículo 444 CCDF).

En los casos de divorcio o separación el ejercicio de la patria potestad se puede limitar siempre atendiendo las disposiciones que marque la ley. (Artículo 444 bis CCDF)

El Código Civil para el Distrito Federal menciona las circunstancias por las que podría suspenderse la patria potestad, como puede ser el caso de que un Juez determine la incapacidad o declaración de ausencia de quien la ejerce, en el caso de adicción al alcohol o a las drogas por parte de los ascendientes que puedan representar un perjuicio para el menor, cuando se imponga por el Juez una condena para su suspensión, en el momento que se ponga en riesgo la salud física o emocional del menor o cuando no se permita el derecho de convivencia con el padre que no tenga la custodia del

menor y que dicha convivencia haya sido determinada en sentencia o convenio judicial (artículo 447 CCDF).

Aunque se menciona que la patria potestad es irrenunciable, existen las siguientes excepciones por las que se puede excusar quien le corresponde ésta obligación: cuando tengan sesenta años cumplidos o si en razón a su estado de salud no puedan cumplir cabalmente con ésta potestad.

4.2. Regulación procesal de la figura de la patria potestad

Las condiciones especiales que se dan en esta relación paterno filial representan para la sociedad un factor de constante observancia, para que cada sujeto que la integra se conduzca siempre dentro de un ambiente de respeto y consideración hacia los demás componentes de la familia.

En atención a lo anterior, al presentarse conflictos derivados de dicha relación entre padre e hijo que puedan alterar las condiciones físicas o psíquicas del menor no solo de forma inmediata sino que pueda tener consecuencias posteriores, será necesario que el Estado intervenga a través de sus instituciones administrativas o judiciales, ya que la patria potestad es considerada una institución de orden público e interés social.

La creación de los Juzgados Familiares a través de decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 1971, cuyos titulares son los Jueces de lo Familiar, precediendo a los Jueces Civiles y Pupilares quienes entendían de asuntos que afectaran a los intereses de los menores e incapacitados sujetos a tutela. A los Jueces de lo Familiar les corresponde

dentro de su competencia entre otros asuntos el de conocer cuestiones que se deriven de la patria potestad.

Como fue mencionado anteriormente, las relaciones que se derivan de la patria potestad son de orden público por lo que el Estado intervendrá en los momentos en que los intereses del menor se vean afectados, como es el caso de la venta de los bienes del menor sujeto a ésta potestad, donde el Juez tendrá las mas amplias atribuciones para intervenir y resolver sobre la necesidad y la utilidad que origine dicha venta.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula lo anterior en su artículo 916 párrafo primero de la siguiente manera:

“Artículo 916.- Para decretar la venta de bienes se necesita que al pedirse se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que se debe aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación.”³

Es así como el Código de Procedimientos regula cuestiones de Derecho Familiar en su título décimo sexto capítulo único, De las Controversias del Orden Familiar, sin embargo es importante mencionar que existen una serie de cuestiones que están relacionadas con este tipo de controversias, que no se encuentran regidas o reguladas por éste tipo de normas, como es el caso de los litigios relacionados con la patria potestad.

Lo anterior se puede apreciar en lo que se manifiesta en el artículo 942 en la parte final del primer párrafo y del siguiente, al exceptuar dichas

³ “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México, 2005.

disposiciones a la patria potestad y al divorcio, artículo que a continuación se transcribe:

“Artículo 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.”⁴

El artículo 956 menciona además lo siguiente:

“Artículo 956.- En todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código.”⁵

Lo anterior indica que los criterios que regularán las cuestiones referentes a la patria potestad serán los ordenamientos generales, correspondientes al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por lo que deberá llevarse de acuerdo a las reglas del juicio ordinario civil ante Los Jueces de lo Familiar.

⁴ Ídem Pág. 99

⁵ Ídem Pág. 99

4.2.1. Suspensión, pérdida y limitación de la patria potestad

Corresponde entonces a los Jueces de lo Familiar, mediante el juicio ordinario civil, dirimir cuestiones como el divorcio necesario, entre otras. Así mismo deberá conocer las que se refieren a la suspensión, pérdida o limitación de la patria potestad, la importancia que tiene el resolver sobre cuestiones de patria potestad, tiene una gran relevancia en razón a la fuente de donde se deriva ésta potestad, que es el hecho jurídico del nacimiento, la filiación y ocasionalmente por la adopción.

La relación entre padres e hijos se encuentra fundada en un grupo de derechos, obligaciones y facultades entre los sujetos que la integran, esta relación, como ya fue mencionado en el presente trabajo, en el Derecho Romano tenía como único fin el interés del pater familias, sin embargo la evolución de esta institución ha derivado a considerar como su base más importante el interés superior del menor, cuestión que tendrá gran significancia para el Juez al decidir sobre la terminación o suspensión, o limitación de ésta.

Una de las características de la institución de la patria potestad, es que es temporal por lo que puede terminar cuando tenga verificativo alguno de los acontecimientos naturales; como la muerte de quien la ejerce, si no hay alguien más en quien recaiga, por la emancipación del menor en caso de matrimonio, o cuando el hijo alcance la mayoría de edad, actos provenientes de los padres contemplados por la ley, como es el caso de la adopción del menor.

La patria potestad se puede suspender, por el hecho de que no se pueda ejercer por aquellos a quienes les corresponda, en los casos de que

haya recaído declaratoria firme de estado de interdicción o de ausencia sobre los sujetos que la ejerzan, o cuando sean condenados judicialmente a ello, cuando sea puesto en riesgo la integridad física, emocional o de cualquier otra índole al menor, derivado de prácticas de consumo de alcohol o psicotrópicos o hábito al juego, como lo menciona el artículo 447 del Código Local, mismo que a continuación transcribimos

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.”⁶

Esta última fracción contempla una circunstancia que también puede afectar al menor, al no permitir, quien tiene la custodia del menor, la convivencia del menor con el otro padre. Es importante mencionar que la resolución que declara la suspensión de la patria potestad quedará sin efecto en cuando desaparezcan las causas que la generaron, cuestión que en su caso podría revertirse a través de otra declaratoria judicial.

⁶ “Código Civil para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005.

La patria potestad puede perderse de acuerdo a lo contemplado en el Código Civil, al disponer que los padres queden privados de ella, cuando hayan cometido un delito contra la persona o los bienes del menor o en el caso de falta grave en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos, según se aprecia en la transcripción del artículo 444 de dicho Código:

“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 de éste Código.
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida.
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. 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;
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”⁷

En cuanto a la limitación que se aplica a quienes ejercen la patria potestad el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 444 bis, nos menciona dos casos en que se contemplará dicha restricción como son el divorcio o la separación

⁷ Ídem Pág. 102

“Artículo 444 Bis.- La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.”⁸

Sin embargo cuando el ejercicio de la patria potestad sufra alguno de los efectos de; suspensión, pérdida o limitación no implica que para los que la ejercen cesen las obligaciones propias de ésta institución para con los descendientes sujetos a ella.

4.2.2. Otorgamiento de la patria potestad a falta de padres

La procreación hecho natural que da origen inmediato a una relación filial entre ascendientes y descendientes, dando como consecuencia jurídica una serie de deberes y derechos contemplados por la patria potestad. La relación que se menciona le corresponderá a los sujetos activos padres o abuelos, así como a los sujetos pasivos sobre quien se ejerce en este caso los hijos. Al respecto la maestra Sara Montero nos menciona lo siguiente:

“Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o solo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno solo de cada pareja.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a la patria potestad; se les nombrará tutor.”⁹

⁸ Ídem Pág. 102

⁹ MONTERO DUHALT, SARA.- “Derecho de Familia”, Porrúa, segunda Edición México 1985

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 443 menciona que una de las maneras de acabarse la patria potestad se da cuando muere quien la ejerce, sin embargo el mismo artículo señala como condición, el hecho de que no exista alguna otra persona quien la pueda ejercer. En éste supuesto en el mismo sentido el artículo 414 indica que será el padre que sobreviva y en caso de que éste también faltara corresponderá dicho ejercicio a los ascendientes en segundo grado, o sea los abuelos ya sean paternos o maternos, lo que determinará el Juez de lo Familiar de acuerdo a las circunstancias. A la letra éste artículo dice:

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, 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.”¹⁰

La importancia que tiene el Juez de lo Familiar vuelve a ser esencial en esta clase de cuestiones que le son puestas a su consideración, ya que las determinaciones que tome, producirán un efecto importante en el desarrollo integral del menor, por lo que deberá estudiar de forma casuística cada uno de estos asuntos, contemplando siempre de manera especial el interés de los menores.

En atención a todo lo anterior queda a la facultad discrecional del Juez de lo Familiar, el tomar la decisión de cual será el destino de los sujetos

¹⁰ Ídem Pág. 102

pasivos en esta relación, al momento de determinar a quien le corresponderá de entre los abuelos paternos o maternos el ejercicio de ésta potestad, cuando falten los padres ya sea por su muerte o por el abandono de éstos.

Aunque el Código no lo menciona, el Juez, estudiando de forma particular cada caso, y siempre preocupado por el buen desarrollo físico y psicológico del menor, deberá otorgar dicha potestad, procurando el que no sea compartida entre las dos líneas, ya que en atención al buen desarrollo antes mencionado se debe otorgar solo a los abuelos ya sea paternos o maternos.

Por otro lado, en los casos en que se haya expresado la voluntad de los padres por vía testamentaria, sobre quienes y en que orden deberán ejercer la patria potestad, en caso de su ausencia, o si señalan a personas diferentes a los abuelos para cuidar al menor por la vía de la tutela testamentaria, debe prevalecer lo que se haya establecido en el testamento.

4.2.3. La Obligación alimentaria de quien ejerce la patria potestad

Este deber de proporcionar alimentos, que tiene quien ejerce la patria potestad, contiene características muy importantes, ya que por el hecho de originarse en razón del parentesco entre padres e hijos, se constituye en una obligación natural y encuentra su base en la solidaridad familiar.

Los alimentos, contemplados desde una óptica jurídica contienen, de acuerdo a la opinión del Maestro Baqueiro los siguientes elementos: “Jurídicamente los alimentos se encuentran constituidos por comida, vestido, habitación, así como asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los

menores, incluye además, educación básica y aprendizaje de un oficio, arte o profesión.”¹¹

Algunas de las características de la obligación alimenticia de acuerdo a la doctrina son las siguientes:

- a) **Proporcionalidad**: se dará de acuerdo a las posibilidades del deudor y a las necesidades del acreedor.
- b) **Reciprocidad**: quien los da tienen derecho a recibirlos.
- c) **Irrenunciable**: la obligación alimentaria lo es tanto para el deudor como para el acreedor por lo que ninguno podrá remitirla
- d) **Inembargable**: por la misma naturaleza del derecho, al no poder transferirse.
- e) **Imprescriptible**: es un derecho que no puede ser ganado o perdido con el tiempo.

El derecho que tiene quien se encuentra bajo la patria potestad de recibir alimentos, es un bien jurídicamente tutelado, es un derecho natural por el hecho de que lo que se encuentra considerado en esta prestación es la subsistencia del menor, la vida misma del hijo, aspectos fundamentales, pero también tendrá como objetivo el que, el menor tenga los medios necesarios para poder conservar una vida sana y productiva y así integrarse a su comunidad.

Lo que protege esta obligación, es el derecho que tiene el hijo a una vida plena y a la educación, sin embargo en atención a la importancia que tiene la función que realizan los padres para con los hijos en su educación,

¹¹ BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA.- “Derecho de la Familia y Sucesiones”, Harla, S.A. de C.V., México, 1996

no solo tendrá que limitarse a lo que indica la ley, en cuanto a lo que se considera como alimentos; habitación, comida, vestido, atención médica, y los gastos para su educación. Sino que deberán proporcionarle los valores éticos y culturales, actividades recreativas, para integrarse de forma útil a la sociedad.

Cabe mencionar que les corresponde a los padres. la obligación de subvencionar los alimentos a quienes se encuentren bajo la patria potestad, pero en el caso de ausencia de éstos les corresponderá a los abuelos cubrir éstas necesidades alimentarias, y en caso de imposibilidad de los ascendientes serán los parientes colaterales hasta el cuarto grado quienes tendrán que cumplir con este deber.

El ejercicio de la patria potestad se puede perder en el caso de que exista incumplimiento por parte de quien deba proporcionar alimentos, y esto deberá ser a través de declaración judicial en caso de que dicho incumplimiento sea por mas de 90 días y no exista causa que lo pueda justificar, sin que sea necesario un requerimiento judicial previo o acreditar algún otro tipo de daño o afectación a los menores.

La importancia, ya señalada, que tiene esta obligación, faculta al Juez de lo Familiar, para tomar determinaciones necesarias y oportunas, con el fin de que los menores vean cubiertas sus necesidades y así mismo evitar que conductas omisivas tengan un efecto nocivo para la salud e integridad de los hijos, por lo que tendrá que emitir sentencias en caso de perdida de patria potestad, de divorcio o separación, o ausencia de los padres, para que el bienestar del menor no se vea perturbado por su progenitor.

De especial atención es mencionar que cuando el deudor alimentista haya sido condenado a la perdida de la patria potestad, como consecuencia

del incumplimiento de esta obligación alimenticia, ésta se puede restablecer cuando desaparecen las causas que dieron origen a la pérdida, considerando que el deudor deberá responder por las deudas que se hayan adquirido como consecuencia de su incumplimiento.

4.3. Ámbito penal

La protección legal que debe el Estado a las personas que lo integran, y en particular a los sujetos que de alguna manera se encuentran en circunstancias de desventaja física o psicológica, es una responsabilidad que se encuentra contemplada en el Orden Jurídico Mexicano, como es el caso de los Códigos Civiles y Penales en los diferentes estados.

En el caso del Distrito Federal a cobrado gran importancia la regulación de los actos que tengan como un objetivo ejercer el poder de forma ilegítima a través de la violencia, para lo cual se considera esencial la participación de las distintas autoridades; administrativas, legislativas y judiciales, las que deberán participar cada una dentro del marco jurídico que las regula, vigilando las actividades que puedan ser consideradas como perjudiciales para los integrantes de la familia.

Si bien la violencia familiar tiene consecuencias de carácter civil, por otro lado el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal tipifica delitos derivados de las conductas de los sujetos generadores de violencia, ya sea a través del uso de la fuerza o por omisión como se menciona en el artículo 193 en relación a la obligación alimenticia:

“ARTÍCULO 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días de multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación de daño de las cantidades no suministradas oportunamente.”¹²

Este mismo artículo en sus párrafos siguientes señala que se tendrá como consumado el delito, aún cuando los acreedores alimenticios estén al cuidado de un tercero y reciban ayuda de éste, así mismo señala como se determina la pensión alimenticia o la reparación del daño en el caso de que no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor, para lo que se tomará como base la capacidad económica y el nivel de vida llevado por acreedor y deudor en los dos últimos años, por otro lado el artículo 194 párrafo primero de dicho Código, indica cual será la pena para quien se coloque en estado de insolvencia, renuncie o solicite licencia sin goce de sueldo, con la intención de no cumplir con esta obligación

“ARTÍCULO 194. al que renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años y de doscientos a quinientos días de multa, pérdida de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.”¹³

En su artículo 195 éste ordenamiento continua atendiendo el hecho dejar de suministrar alimentos, así como las sanciones a quien que incumpla una orden judicial de brindar información o no hacerlo de forma oportuna o no realice el descuento ordenado de forma inmediata. Además el artículo 197

¹² “Código Penal para el Distrito Federal” Editorial Carro, México, 2005.

¹³ Ídem Pág. 108

señala como se incrementa la sanción, si se incumple una resolución judicial al respecto de ésta obligación.

“ARTÍCULO 195. Se impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de doscientos a quinientos días multa a aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los Artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo o haciéndolo no lo hagan dentro del término ordenado por el Juez u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.

“ARTÍCULO 197. Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad.”¹⁴

Por otra parte en el apartado correspondiente a los delitos cometidos en contra de un miembro de la familia el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 200 señala la pena, la conducta, los sujetos pasivos y activos, además define la violencia familiar. Así mismo menciona las medidas necesarias para que el generador de violencia tenga el tratamiento psicológico correspondiente.

“ARTÍCULO 200. Se impondrán de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, además se le sujetará a tratamiento psicológico, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito: al cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al

¹⁴ Ídem Pág. 108

pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al adoptante o adoptado, que maltrate física o psicoemocionalmente a un miembro de la familia.

Para los efectos de este Artículo se considera maltrato físico: a todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

Maltrato psicoemocional: a los actos u omisiones repetitivos cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, actitudes devaluatorias que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a alguna o todas las áreas que integran la estructura psíquica.

Se entiende por miembro de familia: a la persona que se encuentra unida por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o parentesco colateral o afín hasta el cuarto grado, así como por parentesco civil.

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

En el caso de que el agresor sea reincidente, se aumentará en una mitad la pena privativa de libertad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.”¹⁵

En relación a los menores, indica el artículo señalado anteriormente en sus últimos párrafos, que la corrección de éstos no deberá ser tomado como excusa para que se constituya como un factor desencadenante de la

¹⁵ Ídem Pág. 108

violencia y que la intervención judicial será de oficio con el fin de proteger a los menores e incapaces.

La estabilidad familiar así como la sana convivencia entre sus miembros son pretensiones que buscan las diferentes legislaciones en el sistema jurídico nacional, pero esto no se logra solo con sanciones y penas, sino con normas que promuevan el respeto a la integridad física y psicoemocional de sus integrantes y de forma particular, los menores que en la mayoría de las circunstancias se convierten en los receptores de la violencia.

4.3.1. Pérdida de la patria potestad y las facultades del Ministerio Público

Las amplias facultades otorgadas al Juez de lo Familiar al tener que resolver sobre la pérdida de la patria potestad, su suspensión o limitación o en su caso la recuperación de la misma, cuando se hubiera perdido por sentencia al haber incumplido en la obligación alimentaria y haya cubierto y garantizado las prestaciones adeudadas, deben estar basadas siempre en función de proteger al menor, buscando invariablemente que las decisiones que tome sean siempre en beneficio de éste y en atención al interés superior del menor.

Cuando se plantea lo anterior se debe entender que el criterio del Juzgador al resolver sobre ésta cuestión, mas que el imponer una sanción a los sujetos que tengan la patria potestad sobre los menores, al caer en alguna de las causas que indica el artículo 444 del Código Civil para el

Distrito federal, procurará que la integridad física y mental del menor, así como los bienes que este posea no se vean afectados.

Las circunstancias que tendrá el Juez de lo Familiar que evaluar para tomar su decisión respecto a la pérdida de la patria potestad serán: la personalidad de cada uno de los padres, la relación que han tenido con el menor, su trato hacia los hijos, el afecto que se les brinda, por lo que deberá hacerse llegar de todos los elementos de prueba posibles para su valoración.

Sin embargo es importante mencionar que aún cuando sea determinada dicha pérdida, las obligaciones prevalecerán, cabe reiterar que la patria potestad solo se perderá por resolución judicial, y cuando sea por alguna de las causas contempladas por el artículo 444 del Código Local ya transcrito anteriormente.

La intervención del Ministerio Público en estos asuntos, cobra importancia al estar en juego las personas y bienes de los menores sujetos a ésta potestad, derivado de las relaciones familiares que son calificadas por el Estado como de interés social y de orden público, por lo que ésta institución considerada de buena fe, podrá participar en las diferentes etapas del procedimiento ordinario civil, vía por la cual se debe tramitar el juicio de pérdida de la patria potestad, para que, manifieste lo que a derecho corresponda, con el fin de que se tomen medidas necesarias para la protección de la vida, la integridad física y psicoemocional, así como de los bienes del menor.

4.3.2. Ley de Prevención de la Violencia Familiar

El papel que tiene el Estado a través de su política social, debe contemplar la calidad de vida de la ciudadanía, por lo que tiene la responsabilidad de fortalecer una sociedad mas igualitaria y justa, así que debe prestar atención prioritaria al problema de la violencia familiar, ya que el desarrollo de las personas que se encuentran inmersas en ésta problemática, tendrá un costo para la sociedad, al ser un factor que posteriormente se desencadenará en violencia social.

Como resultado de lo anterior y con base a diversas actividades políticas y sociales en 1974, se eleva a rango constitucional la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, quedando de manifiesto en el artículo 4° segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

“Artículo 4°.-...

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”¹⁶

En el ámbito local el fenómeno de la violencia familiar, es visto como un problema que debe ser regulado, razón por la cual en julio de 1996, fue expedida la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal que posteriormente en el año 2000 cambia el concepto de intrafamiliar por el de familiar, con el fin de que el espectro espacial donde se ejerce la violencia familiar, considerando no solo el domicilio

¹⁶ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Edición, México, 2004.

conyugal sino que se puede dar fuera de él. Esta ley al referirse a éste tipo de violencia dice:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entiende por:

III.- Violencia Familiar: Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente, o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:”¹⁷

Esta Ley aprobada en 1996 y reformada en 1998, por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y su Reglamento, en vigor desde 1997, lleva a cabo una definición de las tareas y responsabilidades de los órganos centrales de la administración pública en el Distrito Federal, así como los niveles de participación de instituciones, organizaciones sociales y profesionistas especializados en el tema.

La Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal tiene la característica de ser una ley administrativa, de aplicación de sanciones para aquellos que generan violencia en las familias. No obstante, no tiene esto como su objetivo principal, sino el de dar atención psicológica, de trabajo social y jurídica tarea de las Delegaciones Políticas, atención que dan a través de las Unidades de Atención a la Violencia Familiar hacia la población que se encuentra en esta problemática, con el fin de encontrar una solución.

¹⁷ “Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005.

Como ya se mencionó anteriormente esta Ley tiene un carácter administrativo que señala las tareas de las instancias del Gobierno del Distrito Federal, con el fin de otorgar asistencia y prevención a los sujetos que se encuentren dentro de la violencia familiar.

Por lo que su Artículo 17 establece que:

“Artículo 17.- Corresponde a la Secretaría Desarrollo Social, además de las funciones que en materia de asistencia social tiene asignadas....

I.- Diseñar el Programa General de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar.”¹⁸

Además tuvo gran importancia la creación de las Unidades de Atención a la Violencia Familiar, UAVIF, funcionando como tribunal administrativo, con el objetivo de ser árbitro en asuntos de violencia familiar, por otro lado se establecen sanciones para aquellos que generan violencia en las familias y así mismo proporciona apoyo psicosocial, tanto a las personas receptoras de violencia familiar como aquellas que la generan.

Por lo que se puede resumir, que el objetivo principal de la aplicación de la presente Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal, es el tener una importante incidencia en la transformación de los patrones tradicionales del comportamiento de hombres y mujeres, con el objetivo de construir nuevas formas de relación que encuentren su fundamento en la equidad, la justicia, la tolerancia y el

¹⁸ Ídem Pág. 114

respeto. Teniendo como base la asistencia a los receptores de la violencia familiar, así como el crear programas a través de los Consejos para la Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar Delegacionales, en cada una de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal para prevenir éste fenómeno.

4.4. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Comunidad Internacional ha reconocido la responsabilidad que le corresponde para atender la problemática que afecta a los niños, como consecuencia de la vulnerabilidad de estos, tanto dentro del hogar, así como en las relaciones con su comunidad. Por lo que ha buscado los instrumentos necesarios para que le sean reconocidos y respetados, su dignidad y los derechos que pertenecen a los menores, para lo que se toma como base los principios de igualdad, libertad, justicia y paz, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Este Tratado Internacional nombrado Convención sobre los Derechos del Niño, consta de 54 artículos, los que los países que firman y ratifican acuerdan respetar, ésta Convención profundiza en las necesidades de asistencia y cuidados especiales que se le deben dar al menor, principalmente por la familia, pero además comprometiéndose los países que participan en dicha convención, para que los derechos de los niños sean respetados de forma obligatoria.

La Convención sobre los Derechos del Niño, tiene como antecedente a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y es adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, esta Convención es un

conjunto de normas por las que se obligan jurídicamente los Estados que lo hayan firmado y ratificado para su cumplimiento.

Esta Convención consta de un preámbulo donde se señala, cual es el contenido dogmático de dichas normas convenidas. Aquí se menciona la obligación de respetar los derechos de igualdad entre los miembros de la familia, así como los derechos fundamentales del hombre, basados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así mismo se reafirma que toda persona tiene, sin distinción alguna, todos los derechos y libertades enunciados en ésta, dando gran importancia al hecho de que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Conviene a los Estados en la importancia que tiene la familia para el crecimiento y bienestar de los niños, por lo que considera que deberán crecer en su seno, para su educación y preparación, con el fin de que tengan un desarrollo independiente en la sociedad. Procurando darle la protección jurídica antes y después de su nacimiento, por lo anterior la cooperación internacional juega un papel muy importante para elevar el nivel de las condiciones difíciles en que viven los niños en particular en los países en vía de desarrollo.

En la primera parte, que consta de 41 artículos, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala cual será el papel que deberán llevar a cabo los Estados que integran dicha convención, cuales son las obligaciones: jurídicas, administrativas y legislativas para el respeto de los derechos de los niños, para la protección de su vida en familia, para evitar su abuso físico o mental. La necesidad de cuidar por su salud, el garantizar su educación y el respeto a los valores culturales que reciba de su comunidad, a no ser objeto de explotación económica o abuso sexual, entre otras. Por lo que se tomarán todas las medidas internas, y en su caso apelar a la colaboración

internacional, ya sea a través del Derecho Interno de los Estados parte de la Convención o del Derecho Internacional, para que se cumplan con éstos fines.

En su segunda parte se determina, cual será la manera en que se organizará dicha Convención, para poder evaluar los alcances que se hayan realizado, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en ésta, por lo que se establecerá un Comité de los Derechos del Niño, encargado de la vigilancia de las acciones que realicen los Estados, en atención a la asistencia y protección de los menores, lo que se verificará por medio de informes que entregarán los Estados Partes, informe que contendrá las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de los niños sobre sus derechos.

En su última parte indica como entra en vigor la Convención, la posibilidad de su firma por todos los Estados que se quieran adherir a ella y ratificarla. Indica como se pueden realizar enmiendas que los Estados Parte quieran hacer, así mismo señala el papel que tiene el Secretario General de las Naciones Unidas como depositario, y quien además tendrá en su poder el original de ésta Convención.

4.5. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal

La atención sobre los derechos que les corresponden a los niños y niñas en el Distrito Federal, ha sido materia de preocupación por parte de organismos públicos, sociales y privados, esta preocupación del bienestar infantil dio como resultado que el 21 de diciembre de 1999, la Asamblea

Legislativa del Distrito Federal aprobara por unanimidad ésta Ley, la que tiene como fin garantizar la integridad física, psicosexual, y el desarrollo integral de la población infantil en ésta entidad.

La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal tiene como principio fundamental, el que prevalezca el interés superior del menor sobre cualquier otro, para lo cual contará con la participación de los órganos locales de gobierno, los que realizarán las acciones de defensa, representación jurídica, provisión, prevención, protección y participación de los niños y las niñas.

Para lograr los objetivos antes mencionados los órganos administrativos deberán contar con los recursos públicos para los correspondientes programas sociales, con el objeto de brindar los servicios públicos a través de las políticas públicas, contando con la participación y responsabilidad compartida del gobierno, la familia y la sociedad.

De gran importancia son algunos de los otros principios que esta ley indica, en atención a la población infantil, tales como: el de igualdad y equidad, la importancia del desarrollo infantil dentro del seno familiar, la atención gubernamental a las diferentes etapas de desarrollo de niños y niñas, la vida de los niños libre de violencia, el respeto a la diversidad cultural, étnica y religiosa,

La parte fundamental de esta ley, se encuentra en su artículo 5° en el que se definen los derechos de los niños y niñas, mencionando además que los mismos no tendrán que ser limitados a los que en ésta ley se señalan, dentro de los que se encuentran los derechos a:

A) la Vida, Integridad y Dignidad:

- I. A una vida con calidad, garantizándoles su sobrevivencia y desarrollo.
- II. Respeto a su Integridad, con la debida protección de sus padres.
- III. Dignidad, con respeto a su persona y con una vida libre de violencia y explotación y derecho a la no discriminación.

B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

- I. A la identidad, basada en los atributos y derechos de la personalidad, a su registro después de su nacimiento, a información sobre su origen genético.
- II. Certeza Jurídica, para recibir un trato digno y apropiado al ser víctima de cualquier ilícito, o al ser señalado como infractor, tener el derecho de emitir su opinión en situaciones que le afecten en procedimientos jurídicos o administrativos, así como el de recibir el apoyo de los órganos locales de gobierno.
- III. Familia, tener la posibilidad de vivir y crecer en el hogar y poder relacionarse con sus progenitores, aún en el caso de que se encuentren separados, así como, si es el caso, ser integrado por adopción a un nuevo hogar.

C) A la Salud y Alimentación:

- I. Salud, por lo que deberá contar con los satisfactores básicos para su desarrollo integral, acceder a los servicios médicos necesarios, a la protección y orientación contra el consumo de drogas y estupefacientes, el contar con los servicios integrales para la prevención tratamiento y rehabilitación de enfermedades.
- II. Alimentación, para lograr su desarrollo físico e intelectual contando con los conocimientos básicos de nutrición e higiene.

D) A la Educación, Recreación, Información y Participación:

- I. Educación, a recibirla con calidad.
- II. Recreación, participando en la vida cultural de su comunidad.
- III. Información, a recibirla en sus diferentes etapas de crecimiento sobre los diferentes aspectos de su vida social.
- IV. Participación, que se respete su derecho a asociarse y reunirse, a ser tomados en cuenta, a expresar su opinión libremente y a ser escuchados por su familia comunidad y en procedimientos judiciales o administrativos que tengan sobre el o su familia algún efecto.

E) A la Asistencia Social:

- I. Ser sujetos a este tipo de asistencia, considerando las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentran y por consecuencia contemplar siempre el interés superior de la población infantil, otorgando y garantizando su defensa y protección jurídica

La participación en los objetivos fijados por la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal es de manera conjunta y tiene una corresponsabilidad por parte de la familia, el Jefe de Gobierno, la Secretaria de Desarrollo Social, y el Sistema para el Desarrollo de la Familia en el Distrito Federal, en coordinación con las diferentes instancias locales y federales, así como con las organizaciones e instituciones sociales y privadas que realicen planes, programas y actividades para el beneficio de los menores, por lo que se contará con el Consejo Promotor de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, quien vigilará, promoverá y concertará, acciones entre las entidades antes mencionadas, para que se cumplan con los derechos mencionados en ésta ley.

4.6. Análisis comparativo de la patria potestad en el Distrito Federal y el Estado de Hidalgo

El Estado de Hidalgo se convierte en el primer Estado de la República en elaborar una Legislación Familiar, conformada por un Código Familiar, así como un Código de Procedimientos Familiares, basados en los cambios sociales que repercuten en la familia, y en atención a las constantes controversias que en el mismo grupo social se dan, por lo que consideraron la necesidad de que las normas jurídicas también se adaptaran a la actualidad.

Dentro de los considerandos, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo establece la necesidad de crear esta clase de legislación, con el fin de regular las relaciones de sus miembros y brindar a la familia, a los niños, a los inválidos y a los ancianos, la protección requerida, así mismo considera al Derecho Familiar como un Derecho Social, tutelador del núcleo básico de la humanidad, además define las instituciones que integran éste Derecho Familiar, como es el caso de la familia. En su artículo primero dice:

“Artículo 1.- La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, ”¹⁹

Respecto a la institución de la patria potestad, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, agrega un órgano de vigilancia de las actividades que

¹⁹ “Legislación Familiar del Estado de Hidalgo” Gobierno del Estado de Hidalgo, Tercera Edición 1983

desarrollen los padres en su relación con los hijos llamado Consejo de Familia, el cual se encuentra integrado por profesionales en las áreas de derecho, psicología, medicina trabajo social y pedagogía, consejo que en el caso de la Legislación Local en el Distrito Federal no existe. La Legislación Familiar en Hidalgo define a la patria potestad de la siguiente manera:

“Artículo 243.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes.”²⁰

Es importante mencionar que en el caso de la Legislación para el Distrito Federal no se define esta institución, sin embargo identifica plenamente la relación que se da entre padres e hijos, sus obligaciones y derechos, contemplando además figuras importantes como la guarda y custodia, lo que no sucede en el caso del Código Familiar para el Estado de Hidalgo, por otro lado en el caso de separación de los progenitores, en la Legislación para el Distrito Federal se menciona la responsabilidad del padre que tenga la guarda y custodia del menor, para permitir la convivencia con el otro padre, avance que no se tiene contemplado en la Legislación Familiar para el Estado de Hidalgo.

Si bien en ambas legislaciones se contemplan conceptos similares, la forma sistemática en que el Código Civil para el Distrito Federal va definiendo cada uno de los aspectos que esta relación tiene, permite que se puedan identificar sus efectos en cuanto a las personas de los hijos, de los padres, los efectos patrimoniales sobre los bienes de los hijos, la responsabilidad que adquieren los padres atendiendo siempre el interés superior del menor, lo

²⁰ Ídem Pág. 121

que no se encuentra señalado de manera tan puntual en el Código Familiar Hidalguense.

Por otro lado mientras que en el Distrito Federal esta contemplada la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad, en el Estado de Hidalgo solo se menciona la terminación y suspensión, es importante remarcar que la pérdida de la patria potestad no esta regulada en ése Estado, considerando que solo se suspenderá por alguna de las causas que en el Distrito Federal podrían originar su pérdida, como sería: por el abandono del menor, por malos tratos hacia los hijos o nietos, por causarle daños físicos o morales y por ser condenado por delitos graves.

CAPÍTULO QUINTO

5. La Patria Potestad y el Juez de lo Familiar

5.1. Comienzo y término de la patria potestad. 5.2. Las facultades discrecionales del Juez en casos del ejercicio de patria potestad. 5.3. El Juez y el interés superior del menor, en el caso de patria potestad. 5.3.1. Concepto de interés superior del menor. 5.3.2. Obligación de observar el interés superior del menor. 5.3.3. El interés superior del menor en base a las facultades discrecionales del Juez de lo Familiar.

5.1. Comienzo y término de la patria potestad.

Para emprender el inicio del estudio de como comienza esta relación jurídica que se conoce como patria potestad, se debe hablar en primer término de la persona, esto desde un punto de vista jurídico, considerándola como todo ser sujeto de derechos y obligaciones, Además de entenderse, como un ente racional y dotado de voluntad. El cual crea instituciones tales como el Estado, el Derecho y el Ordenamiento Jurídico, instituciones que tendrán como causa inmediata el regular las conductas y relaciones entre las personas en todos sus ámbitos de acción.

Es entonces que dichas instituciones tendrán como fin, servir al hombre y regular su vida social, así como permitir la sana convivencia con otros sujetos, será el Estado como ente jerárquicamente superior, y dotado de facultades específicas, quien hará cumplir las disposiciones jurídicas

vigentes, observando y haciendo observar el control jurídico, para permitir que la sociedad se desarrolle dentro de las vías de la paz social.

Ahora bien, la forma en que el Estado y el Derecho reconocen a las personas, es a través de la personalidad jurídica y sus atributos, amén de considerar, como las diferentes teorías jurídicas conciben la forma en que dicha relación se da, esto es, si el origen de la personalidad jurídica es un atributo que le otorga el Derecho, o si como en el caso del *iusnaturalismo* es un atributo esencial del ser humano.

Al hacer mención de los atributos de la personalidad jurídica el Derecho se refiere a:

- **La capacidad de goce o capacidad jurídica:** Que consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.
- **La capacidad de ejercicio:** para poder intervenir personalmente en la vida jurídica.
- **Estado civil:** indica la forma en la que una persona es identificada por el Derecho y en sociedad.
- **Domicilio:** la circunscripción territorial determinada administrativamente, en la que el sistema legal sitúa a una persona.
- **Patrimonio:** conjunto de bienes, derechos y obligaciones y cargas apreciables en dinero, correspondientes a un sujeto.
- **Nacionalidad:** el vínculo entre un sujeto y su Estado.

De la anterior relación de atributos de la personalidad, es importante para el presente trabajo conocer en que momento la personalidad jurídica de un ser humano se inicia, a fin de conocer cuando el hombre es considerado persona para el Derecho. Al respecto el Doctor en Derecho Domínguez Martínez menciona que “Desde el punto de vista biológico está determinado que el arranque cronológico de la persona, físicamente considerada, tiene lugar con su concepción.”¹ Y para la ciencia genética el óvulo fecundado ya es una persona. El Código Local al respecto en su artículo 337 menciona:

“**Artículo 337.-** Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad”.²

El Maestro Domínguez Martínez en su obra Derecho Civil, hace referencia a lo que indica Castán Tobeñas sobre las teorías que existen respecto al origen de la capacidad Jurídica, lo que significa el inicio de la existencia de la persona individual, mismas que a continuación se transcriben:

“*A. Teoría de la concepción.* ... Entre nuestros civilistas, defendió esta teoría, en explicaciones de cátedra el Profesor Casajús, quien basándose en datos de la Embriogenia, de la Fisiología y de la Psicología, afirmaba que el hombre existe desde la concepción, y, por ende, siendo la facultad inherente del hombre, desde el momento de la concepción debe ser reconocida. La imposibilidad de determinar el tiempo de la concepción es un inconveniente serio de éste.

¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO.- “Derecho Civil”, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Porrúa, Sexta Edición, México 1998 Pág. 139

² “Código Civil para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México. 2005.

B. Teoría del nacimiento. Se funda en que durante la concepción el feto no tiene vida independiente de la madre, y en que el reconocimiento de su personalidad tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar el momento de la concepción.

C. Teoría ecléctica. Pone el origen de la personalidad en el nacimiento, pero reconociendo por una ficción derechos al concebido, o retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. ... Ha dejado huellas en la generalidad de las legislaciones civiles de Europa y América; pero, en realidad, es históricamente falsa y, además artificiosa e innecesaria. No hay que recurrir a ficción alguna, ni debe considerarse al concebido como ya nacido, pues basta, para los fines prácticos del Derecho, reconocer a su favor reserva de derechos eventuales. ... Los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, ni implica ficción alguna, pues son un caso de protección de derechos expectantes y futuros, que solo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

D. Teoría de viabilidad. Exige para el reconocimiento de la persona no solo el hecho de nacer ésta viva, sino, además, la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno (viable significa capaz de vivir, *vitae habilis*)

E. Teoría psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad. Sostiene D'Aguanno, haciendo alarde de una metodología positiva, que el individuo no debe ser considerado como capaz de derechos hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior al de adquisición de la personalidad psicológica. Pero reconoce que como en el niño se contiene en potencia la personalidad jurídica que poco después ha de desarrollarse, es aceptable la presunción

que establecen las leyes de que el individuo humano comienza a ser *subjetum iuris* desde que nace vivo y viable.”³

Es importante mencionar que el concepto de concebido o *naciturus*, se refiere al hombre que carece de capacidad jurídica y que en su lugar se le reconocen ciertos derechos que se encuentran subordinados a su nacimiento futuro, por lo que tendrá la protección de intereses expectantes y futuros, y que solo por nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

Se entiende como nacimiento, el momento en que el feto es separado y expulsado del útero materno, éste será el inicio de existencia del sujeto y su personalidad, por lo que deberá nacer vivo, ya que un feto nacido muerto no es persona.

Se debe hacer mención que de acuerdo al maestro Ventura Silva el Derecho Romano concebía el comienzo de la persona física de la siguiente manera: “La persona física para que exista, debía nacer viva. La prueba de la vida debía ser producida, según con la doctrina (aparentemente rigurosa) de los *proculeyanos*, demostrando que el recién nacido dio un vagido (llanto); en cambio los *sabinianos*, cuya doctrina prevaleció y fue acogida en el Derecho Justiniano, consideraron que era suficiente cualquier signo, en particular el movimiento o la respiración. ... Asimismo, el nacido, debía tener forma humana.”⁴

En relación con los conceptos mencionados; capacidad jurídica, concepción y nacimiento, el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, determina el inicio de la persona jurídica en el momento del

³ DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO. Ob. Cit. Pág. 141 y 142

⁴ VENTURA SILVA, SABINO.- “Derecho Romano” Porrúa, Tercera Edición, México, 1975 Pág. 74

nacimiento, pero además menciona que se conservaran los derechos para el concebido, que eventualmente adquirirá cuando nazca, y por consecuencia nada impedirá que antes de nacer, siempre que esté concebido, pueda ser designado validamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad después de nacido:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.⁵

Por lo tanto, se debe entender que el concebido es persona, pero su personalidad esta condicionada a una resolución negativa, el que no nazca viable, y es la viabilidad a la que se refiere el artículo 337 del Código Civil, que señala el tiempo de 24 horas que debe permanecer vivo el feto desprendido del seno de su madre, o el ser presentado vivo dentro de este término ante el Registro Civil.

Sin embargo queda establecido que un sujeto tiene personalidad jurídica desde que es concebido, por lo que podrá tener la titularidad de los derechos y consecuentes obligaciones que la ley le atribuye, lo que permite identificar al momento de la concepción, como el origen de la relación que deriva en la patria potestad, se entiende además que la responsabilidad de protección, no es exclusiva del Estado, sino de los futuros padres en atención de los derechos del concebido, sirve para reforzar lo anterior la mención en uno de los puntos del preámbulo de “La Convención de los Derechos del Niño”, adoptado por los países parte, que hace referencia a la Declaración de los Derechos del Niño de la siguiente manera:

⁵ Ídem p 126

“Los Estados Partes en la presente Convención...

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”⁶

En cuanto al momento en que finaliza dicha potestad, el Código Civil en su artículo 443, permite identificar plenamente como es que termina la patria potestad: En su primer fracción señala; a la muerte de quien la ejerce, como una razón para que acabe, pero indica como condición, el que no haya otros sujetos con éste derecho, es evidente que se refiere primero a los padres, quienes son los sujetos a los que en primer término les corresponde dicha potestad, y en segundo término y a falta de estos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 414, corresponderá a los ascendientes en segundo grado, esto es, a los abuelos paternos o maternos de acuerdo a lo que resuelva el juez, considerando en primer lugar el interés superior del menor:

“Artículo 443.-

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

El segundo inciso menciona:

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

⁶ “Convención sobre los Derechos del Niño” Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989 <http://www.df.gob.mx>

Derivado del matrimonio del menor sujeto a la patria potestad, para lo que requerirá la autorización de quien ejerce esta potestad jurídica, y tendrá como resultado la irreversible emancipación, con lo que se considerará apto y terminará esta relación.

El tercer inciso indica lo siguiente:

III. Por la mayor edad del hijo.

Esta causa como el caso de la primera, corresponde a un hecho natural, y es derivado de que a partir de la mayoría de edad del hijo, éste adquiere una aptitud plena para cuidar sus intereses y su persona.

En los casos de los incisos cuarto y quinto se establece una relación con otra institución jurídica que es la adopción:

IV. Con la adopción del hijo.

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”⁷

En lo que se refiere a la Fracción cuarta, la patria potestad se extingue para los padres biológicos, ya que ésta la ejercerá el adoptante o los adoptantes, en cuanto al inciso quinto, será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 901 bis del Código Adjetivo de la materia a continuación transcrita:

⁷ Ídem p. 126

“Artículo 901 Bis. La institución pública o privada, de asistencia social que reciba a un menor para ser dado en adopción, podrá presentar por escrito, solicitud ante Juez Familiar haciendo de su conocimiento esta circunstancia, acompañando a dicha solicitud el acta de nacimiento del menor. El Juez ordenará la comparecencia del representante legal de la institución y de la persona o las personas que ejerzan la patria potestad, con la intervención del Ministerio Público.

Ratificada que sea por las partes dicha solicitud, se declarará de oficio la terminación de la patria potestad y la tutela del menor quedará a cargo de la Institución”.⁸

Se puede cuestionar, si en el caso de entregar al sujeto pasivo de la patria potestad a una institución pública, quien ejercerá la tutela momentáneamente para después ser dado en adopción, no es una forma de renunciar a esa potestad, para lo que servirá de apoyo el concepto que al respecto da la maestra Montero:

“Expresamente el art. 448 del CC determina que “la patria potestad no es renunciable”. De acuerdo con el artículo 6° del propio ordenamiento “sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público.” La patria potestad tiene un significado interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo...”⁹

En su obra, El maestro De Ruggiero de su opinión respecto de que forma se extingue la patria potestad al señalar que. “Ordenada a la protección del incapaz, tal potestad se extingue naturalmente cuando cesa la necesidad de protección, es decir, cuando el hijo cumple la mayor edad o

⁸ “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, Editorial Carro, México, 2005.

⁹ MONTERO DUHALT, SARA.- “Derecho de Familia”, Porrúa, segunda Edición México 1985

cuando quien es investido de dicha potestad no es capaz o digno de ejercerla.”¹⁰

Es oportuno considerar si esta forma de finalizar la patria potestad no contraviene uno de los principios de ésta institución, es decir, al de irrenunciabilidad, principio que tiene apoyo en el artículo 448 del Código Civil, que indica que la patria potestad no es renunciable, ya que solo considera algunas causas para poder excusarse.

5.2. Las facultades discrecionales del Juez en casos del ejercicio de patria potestad.

En razón de las características que tiene el Juicio Ordinario Civil, en el que se permite una sustentación menos apresurada y de mayor reflexión, dotado de términos más amplios y un periodo especial para acopiar y preparar las pruebas necesarias. Será esta vía por la que se tendrán que llevar a cabo las controversias relacionadas con la patria potestad. Y por la condición de ser la patria potestad una institución considerada entre las que conforman el Derecho Familiar, por lo que el Estado y la sociedad tienen un interés particular, al estar involucrados elementos tales como la familia y los menores, su atención y la protección de sus intereses, elementos todos de vital importancia, por lo que el juzgador velando por los derechos de los sujetos pasivos de esa relación, deberá utilizar las facultades discrecionales que se le otorgan en el artículo 941 de la ley procesal, al mencionar que “El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores...”,

¹⁰ RUGGIERO, ROBERTO DE.- “Instituciones de Derecho Civil”, trad. De la Cuarta Edición, italiana, Reus, Madrid, España, Tomo II, 1988. Pág. 242

estudiando en cada caso la conveniencia o inconveniencia de las medidas que decida resolver, respecto a las cuestiones que le sean planteadas.

Son indudables las facultades discrecionales que la ley en vigor concede a los Jueces Familiares y que se hace extensiva para el caso de la patria potestad, aun cuando su tramitación proceda en la Vía Ordinaria Civil, donde se encuentran relacionados deberes, derechos y funciones de la paternidad, que en algunas circunstancias el Juzgador podrá, siempre contemplando el interés superior del menor, desvincular la custodia de éste, sin diluir el derecho de patria potestad, como es el caso de lo contemplado en el primer párrafo del artículo 283 del Código Civil, que menciona lo siguiente en relación a la intervención judicial en materia de divorcio:

“Artículo 283.- La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.” ¹¹

Cobra gran importancia, el empleo que de dichas facultades deberían llevarse a cabo por el Juez de lo Familiar, al considerar que la patria potestad esta basada en una relación, paterno filial, relación que conjuga intereses paternos y familiares; que el Estado deberá preponderar aún de forma oficiosa, para que los efectos que se produzcan tengan como fin, de ser el caso, modificar alguna resolución que haya afectado éste ejercicio, en caso de que las circunstancias que le hayan dado origen cambien. Ya que en el asuntos que tengan que ver con menores o alimentos las resoluciones no causan estado, como cuando por resolución judicial se resuelva la pérdida de

¹¹ Ídem p 126

ese derecho, en razón del incumplimiento a la obligación alimentaria. Así lo dispone el artículo 283 en su párrafo tercero del Código Civil para el Distrito Federal al señalar:

“Artículo 283.- (...)

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.”¹²

La facultad que tiene el juzgador en ésta materia, se basa en la protección legal del desarrollo de la familia, procurando su preservación, así como la organización de éste núcleo fundamental de la sociedad, tomando en cuenta a las personas que la conforman, y teniendo como objeto el crecimiento personal y social y por consecuencia la participación activa en la comunidad.

Lo anterior obedece sin duda al rango Constitucional que tiene esta institución jurídica que es la patria potestad, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1980, cuando señala en su artículo cuarto, párrafo séptimo, el derecho y deber de los padres para cumplir con el fin de que sean preservados los derechos de los menores, satisfaciendo sus necesidades, así como su salud física y mental. Dicho precepto constitucional señala:

“Artículo 4.- (...)

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley

¹² Ídem p 126

determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas.”¹³

Tomando en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio, el Juez Familiar podrá además, discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos y debe determinarla con las amplias facultades discrecionales que se le otorgan en esta materia, atendiendo al interés del menor sujeto a ese régimen jurídico de la patria potestad.

La facultad discrecional otorgada al Juez de lo Familiar debe en todo caso estar bien dirigida, debidamente motivada y ejercida concientemente, con el objeto de hacer un uso efectivo del arbitrio que la ley les concede, por lo que deberá actuar espontáneamente, haciendo prevalecer el derecho de la familia en general y de los menores en particular.

5.3. El Juez y el interés superior del menor, en el caso de patria potestad.

La participación del Juez de lo Familiar en asuntos relacionados con la patria potestad, se encuentra determinada por la ley al señalarle los casos en que deberá intervenir y en donde de forma casuística, o sea valorando las circunstancias del caso concreto, por la importancia que para el menor consistirán los efectos que se produzcan, tomará sus resoluciones. Sin embargo se debe entender la intervención del Juez de lo Familiar como un recurso subsidiario ya que no se encuentra antes ni junto a la autoridad

¹³ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Edición, México, 2004.

paterna y sólo deberá ser recurrida en supuestos excepcionales o extraordinarios.

Dentro del marco legal vigente, se reconoce la intervención del Juez de lo Familiar en diferentes circunstancias que rodean las relaciones entre ascendientes y descendientes, y en las que exista algún tipo de controversia contemplada en la ley, como es el hecho de que al no contar con sus padres se tenga que determinar cuales serán los parientes en segundo grado que ejercerán esta potestad jurídica, o en el caso de que aún estando los padres presentes no se pongan de acuerdo sobre los derechos de representación legal o respecto a la administración de los bienes o en la educación del menor. Para lo cual la consideración del Juez debe estar sustentada en la conveniencia que tenga para el menor la resolución que dirima la controversia.

La alteración en la situación jurídica de la patria potestad, da al juez la oportunidad de involucrarse, tratando en primer lugar, que sin afectar los intereses que mas beneficien al hijo, se logre una sana convención entre las partes, buscando que no se produzca un efecto mayor en la vida familiar y social del menor, pero procurando que aún en los casos en que exista posición contraria entre los intereses de los padres y los menores predomine el de los segundos.

Al Juez de lo Familiar le corresponderá aplicar las medidas precautorias establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando sea necesario que la relación con ambos padres, sea sana ya sea que se encuentren separados, y esto no trastorne la relación paterno filial, por lo que se deberán respetar los derechos de convivencia con ambos padres.

Así mismo el Juez de lo Familiar intervendrá cuando no exista consenso entre los que tengan la administración de los bienes de los menores, para que la lleven a cabo respetando las restricciones que la ley les impone, por lo que será necesario, contar con la autorización judicial, en la venta de bienes, la que deberá considerar si existen las causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio en atención del menor.

Aquí es oportuno hacer mención que en diferentes preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, y en particular en el capítulo correspondiente a la patria potestad, se señala que el menor que se encuentra bajo la potestad paterna, no puede ocurrir a juicio y que en caso de que se requiera su participación en alguno, los padres o quien ejerza esta potestad jurídica, serán sus legítimos representantes, dichos preceptos, para ilustrar lo antes mencionado, se transcriben a continuación

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

Artículo 426. (...)

Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Artículo 427. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su

consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.”¹⁴

Ahora bien los intereses superiores de los menores, que en todo caso debe preponderar el juzgador, se ven afectados al no permitirle su participación en controversias que tengan que ver con la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad, y que en atención a la importancia que tiene la relación filial, que sufriría alguna alteración e incluso la pérdida de ésta, su opinión no pareciera tener gran importancia, ya que la ley no contempla su participación en los juicios que diriman estas cuestiones, dejando lo anterior a las facultades del Juez de lo familiar, lo que no le garantiza dicha participación.

Sin embargo, es importante resaltar que el Estado Mexicano, como ya se mencionó anteriormente, ha firmado la Convención sobre los Derechos del Niño, y que ésta convención considera de gran importancia el derecho del niño a expresar su opinión dándoles la oportunidad de ser escuchados en asuntos que le afecten sus derechos, lo que podría concordar con la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, así lo establece el artículo 12 de esa Convención.

“Artículo 12

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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

¹⁴ Ídem p 126

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”¹⁵

Los derechos de los menores, puestos en oposición con quien ejerce la patria potestad, en el caso del padre y la madre o con alguno de ellos, tendrá como consecuencia que después del estudio que de cada caso realice el juez, de considerar que se está privando al menor de los derechos y beneficios de esa situación jurídica, no solo los de carácter económico sino los morales, psicológicos y sociales, le sea restituido el goce y protección que le dispensa la patria potestad.

5.3.1. Concepto de interés superior del menor.

La patria potestad como cualquier otra institución jurídica tiene siempre como causa inmediata o remota el interés del hombre y en este caso el de los niños, para lo que será necesario contar con un sistema regulador de la conducta humana, esto es de un Derecho Objetivo, del que derivarán los derechos subjetivos en beneficio de determinadas personas, en este caso los menores. Por consiguiente deben entenderse a los derechos subjetivos como intereses protegidos por el derecho objetivo.

Dichos derechos otorgarán a las personas investidas de ellos, la seguridad jurídica de su ejercicio, son entonces intereses jurídicamente protegidos, en forma particular se refieren a los derechos que el orden

¹⁵ Ídem p 129

jurídico le tiene especial atención, y que son considerados de orden público e interés social, es decir a los derechos referentes a la familia y en especial al interés superior del cual están revestidos los menores.

El interés superior del menor, debe entenderse como un concepto de gran importancia, que ha venido evolucionando, al existir un cambio en cuanto a la percepción que se tiene sobre el tratamiento que se le debe dar a los menores de edad, ya que anteriormente su intervención en la vida jurídica era inexistente y que solo en algunos casos intervenía a través de representante, como consecuencia de la falta de capacidad de ejercicio que la ley les señala, de ahí que la participación en asuntos que le afectaban era casi nula.

El Estado, la sociedad y la familia, con apoyo de disciplinas tales como la Psicología, la Sociología y la Medicina pudieron establecer las características propias de los niños y niñas, para de ésta manera llegar a ser consideradas como personas, y además se les reconoce el status especial que las instituciones antes mencionadas debían darles. La atención y protección que se les debe dar, en razón a la indefensión que por las condiciones de la edad tienen los menores, encuentra su justificación moral y social, al pretender que con su adecuada protección se garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. Es así que el Derecho busca que prevalezca el interés superior del menor como principio rector en todos los asuntos en que estos intervengan.

Para definir el concepto interés superior del menor, se deben señalar algunas de sus características mismas que nos indican que es:

- Real, ya que se relaciona con las específicas necesidades del menor y que se derivan de sus particulares aptitudes físicas y psicológicas;
- Independiente, por que su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto que son intereses jurídicamente autónomos
- Garantía de su protección, se predica frente a la existencia de intereses en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor;
- La garantía de un interés jurídico supremo, consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

Es importante reiterar que el interés superior del menor es un principio de garantía, que tiene su razón de ser en la plena satisfacción de sus derechos, lo que constará en el orden jurídico correspondiente, lo que identifica el derecho y este interés supremo. Sin embargo dicha protección y atención se ve rebasada por las condiciones actuales de vida, en donde existen amenazas que se dan desde la propia concepción del menor, hasta después de su nacimiento, situaciones tales como el aborto, abandono, desamparo, la droga, la pornografía, explotación laboral, delincuencia y todo tipo de agresiones que existen tanto dentro como fuera del hogar.

Dentro de la gran cantidad de problemas a los que se enfrentan los menores son incontables, y a los que se les puede agregar la manipulación que de ellos se hace dentro de las controversias que en la familia suceden, por parte de los padres, por lo que se debe dar efectividad a dicho interés, para que el menor sea de verdad un sujeto de derechos y de Derecho, sin

confundir los intereses de los menores con los de la familia, ya que se encuentran los dos en planos diferentes, aún que en algunas circunstancias se lleguen a identificar.

La autonomía que tiene este interés del menor se deriva de que no necesita estar vinculado a una situación familiar, como es el caso de los niños de la calle, quienes son titulares de derechos por la condición de su minoría de edad, lo mismo sucede con los menores abandonados, huérfanos, o sin parientes, cuyo interés prevalece aún sin contar con una familia. Así mismo esta autonomía se ve reflejada en el momento que los intereses de los padres se opongan a los del hijo, como cuando el hijo es titular de bienes donde la administración de los mismos por parte de quien ejerza la patria potestad, deberá ser siempre en atención al interés del menor, ya que de lo contrario acarrearía consecuencias jurídicas.

Ahora bien, el interés familiar, no debe ser colocado en detrimento del que corresponde al menor o viceversa, sino, que por el contrario, se tienen que armonizar y complementarse. Lo anterior se encuentra manifestado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de la siguiente forma:

"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular el de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad". "Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" ¹⁶

¹⁶ Ídem p 129

De esta manera la Convención considera, que en razón a la falta de madurez física y mental el menor requiere la protección y cuidados especiales y concibe a la familia, como el instrumento necesario para cumplir con un desarrollo integral, que tiene como objeto su posterior participación en la vida social, por lo que es evidente la influencia de la familia en ésta tarea.

El interés superior del menor se considera como: el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos el que más conviene en una situación histórica determinada. Cabe concluir entendiendo a este interés supremo del menor, como una garantía que le corresponde por su minoría de edad, por la que serán considerados sus derechos de forma especial y de manera autónoma ante otros intereses, en cualquier momento que se encuentren cuestionados, en asuntos sociales, jurídicos o administrativos y que tendrán como finalidad el respeto a su integridad física y mental, así como de los bienes que le correspondan.

5.3.2. Obligatoriedad de observar el interés superior del menor.

El reconocimiento que tanto la doctrina y las legislaciones nacionales e internacionales hacen sobre la necesidad de proteger los derechos de las niñas y los niños, se convierte en un compromiso por parte de los diferentes Estados, preocupados por las condiciones de desamparo de los menores, que han venido imperando en las diferentes naciones, manifestándose de manera mas grave en los países en vías de desarrollo.

En el ámbito local, la protección de los intereses del menor se ha vuelto una obligación para las diferentes instancias administrativas y

judiciales, particularmente el Código Civil para el Distrito Federal le indica al Juez de lo Familiar la importancia que tiene el hacer prevalecer el interés supremo de los niños y niñas, lo que queda de manifiesto en los casos de nulidad de matrimonio, donde según el artículo 260, establece que escuchando previamente a los menores el Juzgador tendrá los elementos necesarios para velar por sus intereses, condiciones que deberá seguir en los casos de divorcio, según dispone el artículo 282, que señala como determinar los derechos de visita y convivencia con los padres. Dichas normas se refieren a este principio garante de los menores de la siguiente manera:

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

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

(...)

VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres,”¹⁷

Sigue el Código Civil señalando de qué forma se debe seguir velando por dicho interés, tanto en los casos de impugnación de la paternidad, artículo 336, como al referirse al reconocimiento de un menor, encontrándose ambos padre y madre separados, artículo 380:

“Artículo 336.- En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a

¹⁷ Ídem p 126

quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.

Artículo 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.”¹⁸

De la misma manera el derecho que se le reconoce al menor, en cuanto a la protección de su interés superior por parte del Juez de lo Familiar, se encuentra contemplado en otras instituciones jurídicas como la adopción y la tutela, en las que además de la obligación de atender, velar y proteger estos intereses superiores del menor, se deberá atender al menor y escuchar su opinión, para poder identificar dichos intereses.

Sin embargo, se reitera que la intervención del menor, se ve limitada y por lo consiguiente, sus derechos son afectados desde el momento en que la controversia tenga como materia, la limitación, suspensión, término o pérdida de la patria potestad, así como en lo que respecta a la administración de sus bienes, al existir oposición entre los intereses del menor y los de quien ejerce esta potestad.

Por lo anterior se puede observar que el menor sufre una afectación del mencionado interés superior, que se encuentra contemplado tanto en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de la garantía constitucional de audiencia y del Código Civil Local al no permitirse teniendo en cuenta la madurez del menor, que él mismo se exprese y haga conocer su real situación al Juez.

¹⁸ Ídem p 126

Ahora bien, es razonable que en función de la edad y madurez del menor, el Juez que ha de decidir cuestiones trascendentes de la vida de una persona como sin duda lo es la patria potestad, tenga interés y considere útil conocer personalmente al hijo, al menos cuando éste cuenta con cierta edad que facilite la comunicación. Resulta acertado que el niño que posee determinado estado de madurez, se considere con derecho a conocer y a ser conocido, por quién habrá de tomar resoluciones importantes en cuanto a su persona. El principio de inmediatez sería oportuno, permitiendo, el encuentro personal del niño con el Juez, originando con esto que el derecho de los menores se ejerciera a plenitud, estas consideraciones no tendrían que estar condicionadas al arbitrio del Juez de lo Familiar sino que las mismas disposiciones jurídicas deberían fijar su obligatoriedad, velando por los intereses superiores de los menores.

5.3.3. El interés superior del menor en base a las facultades discrecionales del Juez de lo Familiar.

Las controversias del orden familiar fueron adicionadas al Código de Procedimientos para el Distrito Federal en 1973, cuando se crea el procedimiento de sustentación de estos litigios, a través de estas adiciones se pretende que de forma casuística sean analizados todos los casos con estas características, y que con apego a la ley, el Juzgador pretenda el beneficio del bien jurídico tutelado que primordialmente se refiere al interés del menor, así como la protección de la familia.

El título de Controversias del Orden Familiar, es considerado como un conjunto de normas de orden público, por lo tanto se le dan al Juez de lo Familiar facultades discrecionales, otorgándole por lo tanto la posibilidad de

adoptar medidas que el considere pertinentes, simplificando en lo posible el procedimiento, actuando de oficio y supliendo las deficiencias de la queja, aunque en el caso de la patria potestad en razón a su naturaleza y en atención a la trascendencia que tiene, persistirá las actuaciones conforme a la vía ordinaria civil.

El procedimiento familiar deberá conservar las formalidades que constituyan una base de seguridad, pero el Juez podrá intervenir de oficio si considera que los intereses de la familia y en especial de los menores se lleguen a afectar, al respecto el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala:

“Artículo 941.- El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.”¹⁹

Con el fin de hacer prevalecer el derecho de la familia y en forma preponderante el del menor, el Juez de lo Familiar podrá actuar oficiosamente, utilizando su facultad discrecional, potestad jurídica que tiene que ser bien dirigida motivándola y ejerciéndola conscientemente. Sin embargo en el caso de la patria potestad la relajación del formalismo no operará, ya que el interés en juego requiere se cumplan con las normas que impliquen que su sustanciación se lleve a cabo conforme a estricto Derecho, no obstante el Juez podrá hacer uso de su facultad discrecional, para lograr el objetivo de la protección de los intereses supremos del menor.

Ahora bien, cuando se encuentren en juego los intereses de la familia y particularmente los del menor, el Juez tendrá por mandato judicial una

¹⁹ Ídem p. 131

participación mas activa en las diversas partes del proceso, contando con mayores atribuciones para conseguir aplicar la justicia, atendiendo de manera particular los derechos que le son otorgados a los menores, respetando la razón legal y la ley para protegerlos a través de esta investidura que le otorga la ley, y que es privativa de los Tribunales Familiares. Sin embargo el actuar del Juez al intervenir de oficio en asuntos que afecten a la familia se llega a cuestionar, el maestro Gómez Lara señala al respecto lo siguiente: "...puede llegar a implicar una intervención exagerada del Estado en la vida de los particulares, además de que puede cuestionarse la posibilidad de que un Juez de lo Familiar iniciara un proceso, sin que hubiera previamente una petición de parte pues esto llegaría a desnaturalizar la propia función jurisdiccional..."²⁰

Aún cuando el procedimiento ordinario civil tiene la característica de formalidad, las controversias que tengan que ver con la patria potestad, deberán situarse en la condición de ser consideradas por el juzgador como de mayor interés de la sociedad y de orden público, por lo que será necesario que su participación en el procedimiento sea con el uso del criterio discrecional que se le confiere, y que deberá estar basado tanto en la equidad como en la justicia, guardando siempre las formas que éste procedimiento le impone.

Las amplias facultades concedidas al Juez de lo Familiar en relación con las controversias que tengan que ver con: pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad, así como en lo referente a la administración de los bienes del menor, por quien ejerza ésta potestad jurídica, no puede considerarse suficiente, ya que para formar el criterio del juzgador, debería tomarse en cuenta la opinión directa del menor,

²⁰ GÓMEZ LARA, CIPRIANO.- "Derecho Procesal Civil" Harla, Quinta Edición, México, 1991 Pág. 312

considerando ante todo su madurez intelectual, ya que aún cuando exista la participación del Ministerio Público asignado al Juzgado Familiar, como representante social, se le deberían entregar mas elementos de juicio. Por lo que el Juez con el auxilio de profesionales en Trabajo Social o Sicólogos infantiles contribuirían a tal efecto, razón por la que se reitera que sería necesario considerar la participación activa del menor en el proceso, con lo que el Juez Familiar tendría mayores elementos para resolver sobre cuestiones tan trascendentes, pues se encuentra en juego una relación paterno filial, así como una institución básica en la sociedad, como lo es la familia y de esta forma serían contemplados de una manera adecuada, los intereses superiores de los menores sujetos a ésta potestad.

PROPUESTAS

- 1) La modificación del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con la finalidad de que quede estipulado de forma explícita la participación que el menor debe tener en los asuntos que afecten de forma directa su esfera jurídica, garantizándole con esto la debida atención que se le debe al interés supremo de su persona, esto en relación a la importancia que tiene sobre su persona, sus bienes y sano desarrollo la institución jurídica de la patria potestad, de acuerdo a lo dispuesto con la Convención sobre los Derechos del Niño.

- 2) La modificación del artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esto para que se permita la participación del menor, brindándosele la oportunidad de ser oído por el Juez de lo Familiar, sin las formalidades especiales a las que esta norma hace alusión, con el fin de que el Juzgador pueda formarse un criterio mas amplio de los derechos que le correspondan al menor, y no apegarse totalmente a lo actualmente señalado por el citado dispositivo en cuanto a lo referente a casos de pérdida de la Patria Potestad en virtud de que la pérdida o suspensión de esta a uno de los progenitores impactará de forma frontal la vida y desarrollo de los hijos sujetos a esta institución afectando al interés superior del menor, al no ser tomada su opinión al respecto.

- 3) La obligatoriedad de la intervención del Ministerio Público en su papel de representante social, en los casos de pérdida de la patria potestad, por lo que se propone la creación de los preceptos necesarios para que se faculte al Ministerio Público, para que tutele de forma adecuada los intereses de los menores que intervengan en dichos casos.

- 4) La reforma al artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal, con la finalidad de que se permita al menor su comparecencia en el juicio ordinario civil cuando se trate de pérdida de la patria potestad, para ser oído por el juzgador, garantizándole su derecho de audiencia, ya que la sentencia emitida por el órgano judicial impactará de forma directa en su esfera jurídica.

CONCLUSIONES

1. Es la patria potestad un institución que regula las relaciones paterno filiales, a través de las normas jurídicas contenidas en la Legislación Positiva Vigente, la cual contempla el cúmulo de derechos, deberes y obligaciones por parte de los sujetos que la integran, misma que refleja la evolución y transforma el poder que anteriormente ejercían los padres sobre los hijos, y que si bien parte de un hecho natural como lo es la procreación, le es impuesta por parte del Estado con fin determinado y una función social de asistencia y cuidado de los menores y de sus intereses.
2. La tarea que le corresponde al Derecho Familiar, será la de intervenir en todos los actos que tengan que ver con la constitución, organización y la disolución de las relaciones familiares, lo que se alcanza, al proporcionar las reglas que al ser contempladas en el ordenamiento jurídico son investidas de validez jurídica, lo que lleva a ser de observancia obligatoria, y norma la convivencia familiar y social. En el caso de la patria potestad el Estado con su función tuteladora buscará que esta institución subsista cumpliendo con su función, entendiendo a que su intervención de tutelaje sobre los menores solo se realice a posteriori, respetando el derecho que los padres tienen para cumplir con la obligación de proporcionarle un desarrollo integral al menor, cuidando siempre y sobre todas las cosas el interés superior del menor.
3. La participación del Estado solo es de carácter subsidiario, sin embargo deberá estar presente en los conflictos que pudieran representar intereses contrarios a los de los menores,

salvaguardándolos a través de los organismos legislativos administrativos y judiciales recreados para ese fin, tomando en cuenta la incapacidad natural de los niños y niñas, por lo que se les deberán proveer las garantías necesarias para la buena administración de sus bienes por parte de quien ejerce la patria potestad.

4. Por lo que hace a la protección de la integridad física, psicoemocional y sexual de los menores sujetos a patria potestad en los casos de violencia familiar, tendrán un papel esencial el Ministerio Público, con la participación del Juez de lo Familiar, agentes del Estado que se encuentran investidos de facultades especiales para poder intervenir en la prevención de actos contrarios a la Ley y quienes deberán de evitar estas prácticas sobre los integrantes de la familia y de manera particular sobre los menores.
5. La conducta que rige las relaciones entre padres e hijos es de respeto y consideraciones mutuas, factores que constituyen la base para ésta relación, y es a través de la Legislación Vigente que se sientan las diversas instituciones como lo es la patria potestad, la cual se ciñe a los derechos subjetivos familiares que se originarán como su efecto, y que además tendrá como consecuencia el que sea atendido de forma preferente el interés del menor al determinarse la suspensión pérdida o su limitación, por parte del Juez de lo Familiar.
6. La intervención de oficio del Juez de lo Familiar, respecto a las relaciones paterno filiales que se encuentran contempladas dentro del Derecho Familiar el cual lo inviste de facultades discrecionales, ya que corresponde al hecho de ser la Patria Potestad considerada por parte del Estado como de interés social y orden público, en

atención a que la institución de la familia se considera, como piedra angular de la integración de la sociedad, por lo que se deberá proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, de acuerdo a lo que señala el Código Civil para el Distrito Federal. Razón por la cual como mandato legal a través del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los Jueces en materia familiar, se ven obligados a tomar las medidas precautorias para preservar a la institución familiar, esto cuando existan asuntos que puedan afectarla, y en especial cuando se trate de menores, alimentos, cuestiones relacionadas con violencia familiar, y es dentro de este contexto que se encuentra facultado para suplir en su caso las deficiencias de los planteamientos de derecho de las partes en conflicto, teniendo que asistir así al mas necesitado.

7. El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, faculta al Juez de lo Familiar con atribuciones especiales, sin embargo omite mencionar, pese a la relevancia que tiene para el niño, la obligatoriedad del Juzgador de escuchar al menor, cuando estén de por medio asuntos referentes a la limitación, suspensión o pérdida de la patria potestad, con lo que se pierde la posibilidad de apreciar de manera profunda la problemática en que puedan verse afectados sus intereses.
8. El Ministerio Público en su carácter de Representante Social, mas allá de las atribuciones que constitucionalmente tiene encomendadas de perseguir los delitos, asume también diversas responsabilidades y facultades en la tramitación de los procesos de los diversos juicios del orden civil y familiar, y tiene la obligación de vigilar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales. Caso particular aquel en que estén involucrados menores, incapaces, así como los relativos a la familia, el estado civil de las personas, sucesiones y todos los que le son señalados por la ley. No

obstante, respecto a la pérdida de la patria potestad, debería ser obligatorio que esta Representación Social manifestara su opinión, por la importancia que tiene la disolución de dicho lazo natural, sin embargo la intervención del Ministerio Público no se encuentra contemplada por el Código Procedimental para el Distrito Federal, en los casos de Perdida de la Patria Potestad por ser esta substanciada por la vía Ordinaria Civil.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

1. BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA.- “Derecho de la Familia y Sucesiones”, Harla, S.A. de C.V., México, 1996
2. BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR.- “Manual de Derecho de Familia”: Editorial Depalma, Buenos Aires 1996
3. BORDA, GUILLERMO A.- “Tratado de Derecho Civil”, Familia Tomo II, Perrot Novena Edición Argentina 1993
4. BRAVO GONZÁLEZ, AGUSTÍN Y BRAVO VALDEZ, BEATRIZ.- “Derecho Romano”, Primer Curso, Porrúa, Decimoséptima Edición México 2000
5. CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F.- “La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares”, Porrúa Tercera Edición, México 1994
6. DE IBARROLA, ANTONIO.- “Derecho de Familia” Porrúa, Cuarta Edición, México 1993
7. DE LA MATA PIZANA, FELIPE Y GARZON JIMENEZ, ROBERTO.- “Derecho Familiar” y sus Reformas Más Recientes a la Legislación del Distrito Federal., Porrúa, Segunda Edición, México, 2005.
8. DE PINA, RAFAEL.- “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Veinteava Porrúa, S.A., México, 1998.

9. DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO.- “Derecho Civil”, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Porrúa, Sexta Edición, México 1998
10. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, LUÍS “El Derecho de Familia en la Legislación Comparada”, México; Uteha, 1947
11. GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- “Derecho Civil”, Primer Curso, Parte General Personas, Familia, Porrúa, Decimocuarta Edición
12. GÓMEZ LARA, CIPRIANO.- “Derecho Procesal Civil” Harla, Quinta Edición, México, 1991
13. GUITRON FUENTEVILLA, JULIÁN.- “Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del Año 2000”: (correlacionado, comparado y comentado), artículo 1o. al 746 bis México: Editorial Porrúa, 2003
14. GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.- “Derecho Civil para la Familia”, México : Porrúa, 2004
15. LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO.- “Patria Potestad, Tutela Y Curatela” Depalma Ediciones. Argentina, 1993
16. MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO.- “Instituciones de Derecho Civil” Editorial Porrúa, México 1987
17. MONTERO DUHALT, SARA.- “Derecho de Familia”, Porrúa, segunda Edición México 1985
18. MORINEAU IDUARTE, MARTA.- “Derecho Romano” Editorial Oxford University: Harla, México 1998

19. PADILLA SAHAGÚN, GUMERSINDO.- “Derecho Romano I” McGraw-Hill, México 1998
20. PÉREZ DUARTE, ALICIA.- “Derecho de Familia”, Fondo de Cultura Económica, México 1994
21. PETIT, EUGENE.- “Derecho Romano”, Porrúa, Novena Edición, México 2004
22. PLANIOL, MARCEL Y OTRO.- “Biblioteca Clásicos del Derecho”, Derecho Civil Volumen VIII, Oxford, México , 2001
23. QUINTANILLA GARCIA, MIGUEL ANGEL.- “Lecciones de Derecho Familiar” Cárdenas Editor, México, 2003
24. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- “Compendio de Derecho Civi”, Introducción, Personas y Familia Tomo I, Porrúa, Trigésima Tercera Edición México, 2001.
25. RUGGIERO, ROBERTO DE.- “Instituciones de Derecho Civil”, trad. De la Cuarta Edición, italiana, Reus, Madrid, España, Tomo II, 1988
26. RUIZ-RICO RUIZ, JOSE MANUEL “Acogimiento y Delegación de la Patria Potestad” Editorial Comares, Granada 1989
27. SAINZ GÓMEZ, JOSÉ MARIA.- Derecho Romano I Noriega Editores, Editorial Limusa, México 1988
28. SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN.- “Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México”: Editorial Porrúa, México 1991

29. TREJO GUERRERO, GABINO.- “Manual Práctico y Formularios del Derecho de Familia” : Editorial Sista, México 2004

30. VENTURA SILVA, SABINO.- “Derecho Romano” Porrúa, Tercera Edición, México, 1975

LEGISLACIÓN

1. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Edición, México, 2004.
2. "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Carro, México. 2005.
3. "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal", Editorial Carro, México, 2005.
4. "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal" Editorial Carro, México, 2005.
5. "Ley de Relaciones Familiares" de 1917.
6. "Ley de los Derechos de Niñas y Niños del Distrito Federal".
7. "Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal", Editorial Carro, México. 2005.
8. "Legislación Familiar del Estado de Hidalgo" Gobierno del Estado de Hidalgo, Tercera Edición 1983"
9. "Convención sobre los Derechos del Niño"
Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA. TERCERA EDICIÓN, MÉXICO. 1989.
2. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, MÉXICO

PAGINAS WEB

1. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, IUS 2001 11ava Versión séptima, octava y novena épocas
<http://www.scjn.gob.mx/ius/>
2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL
<http://.www.tsjdf.gob.mx>
3. GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL
<http://.www.df.gob.mx>
4. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES
<http://.www.sre.gob.mx/derechoshumanos>