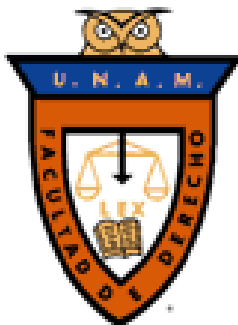




UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“OBLIGATORIEDAD EN EL
CUMPLIMIENTO DE LA GUARDA Y
CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD”**



T E S I S
PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
QUE PRESENTA
VIRGINIA RODRIGUEZ CRUZ

ASESOR:
SARA ERIKA ARELLANO PALAFOX.

CIUDAD UNIVERSITARIA

2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

Por estar siempre conmigo impulsándome a seguir adelante, por el apoyo y el amor incondicional que siempre me han brindado para poder llegar a realizarme ya que lo que soy se los debo a ustedes.

A mis hijas:

Por estar conmigo, ya que ustedes fueron la inspiración para poder lograr mi más grande anhelo.

A mi esposo:

Te doy gracias por tu apoyo, comprensión y amor que en todo momento me demostraste.

A

mis hermanos:

Por apoyarme cuando lo necesite y por estar conmigo en las buenas y en las malas.

A mis amigos:
Por su amistad y apoyo
en todo momento.

A mi asesora:
Por el apoyo y disposición
que en todo momento
me demostró para poder
realizar este trabajo.

“OBLIGATORIEDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD”

INTRODUCCIÓN.....	I
I LA FAMILIA Y SUS RELACIONES JURÍDICO PATERNO FILIALES	
1.1 Concepto de familia.....	02
1.2 Estructura y funciones de la familia.....	05
1.3 Concepto de filiación	09
1.4 Clases de filiación	10
1.5 Formas de determinar la filiación.....	15
1.6 Efectos jurídicos de la filiación legalmente establecida	20
II PATRIA POTESTAD	
2.1 Concepto	28
2.2 Naturaleza jurídica	30
2.3 Características.....	32
2.4 Derechos y obligaciones	43
2.5 Formas de ejercerla	46
2.6 Suspensión del ejercicio de la patria potestad ...	49
2.7 Pérdida de la patria potestad	50
2.8 Limitación de la patria potestad	52

III TUTELA

3.1	Concepto de tutela	55
3.2	Clases de tutela	58
3.3	Concepto de custodia	62
3.4	Concepto de educación	65
3.5	Concepto de disciplina y su aplicación.....	67
3.6	Concepto de cultura y valores	69
3.7	Importancia de los valores en los menores de edad.....	72

IV ANÁLISIS DE LAS LEYES RESPECTO AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU APLICABILIDAD

4.1	Artículo cuarto de la Constitución	75
4.2	Código Civil para el Distrito Federal	81
4.3	Últimas reformas a la regulación de la custodia compartida en el Código Civil del Distrito Federal.....	82
4.4	Ley de las niñas, niños y adolescentes en el Distrito Federal.....	84
4.5	La ley de los jóvenes en el Distrito Federal	86
4.6	Análisis y funciones del Consejo Local de Tutela..	87
4.7	Propuestas para tener una mayor efectividad en la aplicación de las leyes.....	89

CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	100
APENDICE.....	101

INTRODUCCIÓN

Hablar sobre la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad, es hablar de la garantía individual que tienen los menores de la obligación de los padres en el sentido de preservar sus derechos.

En términos generales, partiendo del primer capítulo en el que hacemos referencia a la familia y sus relaciones jurídico paterno filiales, observamos cómo la concepción de familia y su estructura generan lazos o vínculos de filiación, a través de los cuales va surgiendo la relación paterno filial.

En el capítulo segundo, al hablar de la patria potestad, estudiaremos cómo este concepto ha venido cambiando; de lo que anteriormente se conocía como patria potestad, ahora es básicamente la obligación de los padres de preservar los derechos de los hijos.

Dicho de otra manera, ya no hay un ejercicio de potestad patriarcal como se entendía en el derecho romano; en la actualidad, las obligaciones de los padres hacia los hijos son esencialmente derechos que los hijos pueden reclamar por la vía judicial.

Anteriormente el pater-familias ejercía sobre sus hijos grandes poderes que incluían el poderlos alquilar o incluso hasta vender,

pero en nuestros días la situación ha cambiado, ya que ahora surge la obligación de los padres hacia los hijos.

En el capítulo tercero analizaré algunas situaciones de la tutela en relación directa con la custodia, tanto de los menores de edad como de los incapacitados; así mismo haremos notar algunos aspectos tanto de educación como de disciplina, además de establecer los diversos valores y cultura en los menores de edad, con la finalidad de formarlos para un desarrollo con bases sólidas.

Finalmente, todo lo expuesto en los tres primeros capítulos permite que en el capítulo cuarto se puedan presentar algunas situaciones respecto de la actual custodia compartida, y la eficacia jurídica a través de la cual dicha custodia debe funcionar.

Por esa razón, es indispensable que se parta de la obligatoriedad de la guarda y custodia de los menores de edad, y no simplemente de la potestad de los padres por realizar un convenio que actualmente establece el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que el compromiso es recíproco, es de los dos padres y esto hace que ambos se interesen por una custodia compartida, a la cual necesariamente deben de estar obligados, esto, independientemente de establecer sanciones a través de las cuales el padre que no cumpla correctamente con una custodia compartida, deba obligatoriamente pagar una multa o alguna sanción pecuniaria, que lo haga interesarse por sus hijos.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA Y SUS RELACIONES JURÍDICO PATERNO FILIALES

El objetivo principal de este primer capítulo es definir algunos conceptos a través de los cuales se podrán considerar los alcances y límites de la normatividad que nuestra legislación establece respecto a la familia y las relaciones paterno filiales.

La autora Sara Montero Duhalt, explica el concepto de familia de la siguiente manera: “La familia es un grupo humano primario natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre – mujer. Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De una unión sexual de un hombre y una mujer surge la procreación, los hijos.”¹

Independientemente de que en el inciso primero de este capítulo hagamos referencia a otras definiciones que se han vertido referentes al concepto de familia, citamos a la autora Sara Montero Duhalt en esta parte, para especificar la trascendencia de la formación de la familia, a

¹ Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia*, México, Ed. Porrúa, 6 ed, 2001, pág 2.

partir de la unión de la pareja, y la manera en que se forma la filiación con la procreación, de donde surgen las relaciones paterno filiales.

Lo anterior, en virtud de que el tema de tesis se identifica en el sentido de la obligatoriedad de ambos padres, por llevar a cabo la guarda y custodia de los menores de edad, situación muy discutida en el momento en que sobreviene una separación e incluso en las últimas reformas al Código Civil, se ha establecido ya una Custodia Compartida.

Esto último nos habla de la importancia de la guarda y custodia de los padres hacia los menores, más aún cuando el derecho natural no puede eludirse con un simple decreto o sentencia del juez.

A continuación citaré algunos conceptos requeridos para poder tener el sustento necesario, y de esa manera, resolver mi situación hipotética que consiste más que nada en esa obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad.

1.1 Concepto de familia

Sin lugar a dudas, la idea de la familia puede observarse desde varios puntos de vista.

Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, evidentemente será la célula más pequeña y más importante de nuestro conglomerado social, a través de la cual se va a formar la sociedad en su conjunto, y eso la hace relevante.

Citaré las palabras del autor Henry Pratt Fairchild quien en el momento en que elabora el concepto sociológico de familia alude a lo siguiente: “La familia es la institución social básica conformada por uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos. Las cuatro formas generales por orden de frecuencia conocida son: Monogamia, Poligamia, Poligandria, Matrimonio por grupos.”²

Sin lugar a dudas, la definición expresada por el autor citado, eminentemente mira a la estructura social, su organización y a la sanción que se ofrece o se da hacia esa estructuración que como célula básica reporta la familia.

Otros autores que proporcionan el concepto de familia son Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baz, quienes desde el punto de vista biológico citan: “La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre”³

La procreación es, sin lugar a dudas, la función estructural de la dinámica social, de tal manera que el concepto biológico se refiere, más que nada, a esas situaciones a través de las cuales la familia va a estar generada por una cierta relación de sangre desde el punto de vista biológico.

² Pratt Fairchild, Henry. *Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 20 ed, 2002, pág 121.

³ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro BAM, Rosalía: *Derecho de familia y sucesiones*, México, Editorial Oxford, 4 ed, 2001, pág. 8.

Otros autores que presentan una visión generalizada de lo que es la familia son Miguel Ángel Ochoa Sánchez, Jacinto Valdez Martínez y Hernán y Veyta Palomino, quienes expresan lo siguiente: “La familia es la base de la pirámide social, en ella se educa el carácter y se forma la personalidad social de los jóvenes que con el tiempo serán los conductores y líderes de la sociedad; la familia tiene un fundamento muy sólido en la ley natural. Los lazos matrimoniales, la procreación, el cuidado de los hijos son la exigencia derivada de la misma naturaleza humana.”⁴

Sin duda alguna, las diversas conceptualizaciones de lo que es la familia inducen a pensar que realmente forma parte de una cierta estructura a través de la cual se establece un derecho natural de sangre por la filiación, el parentesco y otras situaciones; sin embargo, debe aclararse que una cosa es el concepto de familia y otro distinto el concepto de derecho familiar.

De este último nos habla el autor Héctor Santos Azuela citando:

“El derecho familiar es la disciplina que estudia y regula la integración, relaciones y vida jurídica del organismo familiar; ha logrado alcanzar su autonomía debido al gran desarrollo de su legislación, doctrina y jurisprudencia.”⁵

⁴ Ochoa Sánchez, Miguel Ángel, Valdez Martínez, Jacinto y Veyta Palomino, Hermany. *Derecho Positivo Mexicano*, México, Mcgraw-Hill, 2 ed, 2002, pág, 122.

⁵ Santos Azuela, Héctor. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, México, Editorial Pearson, 3 ed, 2001, pág. 213.

De esta definición se desprende que básicamente el derecho de familia analiza el conjunto de normas a través de las cuales se va a lograr la organización de la célula básica de la sociedad como es el grupo de personas que descienden unas de otras y que han formado lazos de sangre de forma natural.

1.2 Estructura y funciones de la familia

Desde un punto de vista generalizado, el derecho de familia es el que va a marcar necesariamente la estructuración de la misma.

Para poder explicar de dónde surge dicha estructuración es necesario tomar en cuenta el concepto de sociedad; esto es, la sociedad, para lograr su permanencia, necesita reproducirse y esto sólo se logra a través de la unión sexual entre un varón y una mujer. No es como en la actualidad la familia moderna o posmoderna contemporánea que propone la unión de homosexuales con hijos adoptados, esto es una familia además de sintética, arriesgada en la formación de la personalidad de cada uno de sus integrantes, pero es una realidad que no debe dejarse de lado.

El autor José Nodarse hace la siguiente definición de sociedad: “Sociedad es un grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y mantenimiento de una cultura y que

posee, además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica.”⁶

Lo importante es que si la sociedad quiere permanecer integrada debe darse una mayor eficacia jurídica a lo que es la familia; de ahí que el interés de la presente tesis se enfoque en la obligatoriedad del cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad.

La familia puede surgir a partir del matrimonio, el cual constituye una manera de lograr mayor seguridad jurídica.

Como consecuencia de lo anterior, la autora Sara Montero Duhalt, al comentar el concepto de matrimonio, cita lo siguiente: “El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”⁷

Tal como lo hemos asegurado en líneas anteriores, la familia puede surgir a partir del matrimonio; evidentemente subrayamos el puede, en virtud de que la familia también puede surgir de las uniones libres, llámese concubinato, amasiato, bigamia, las relaciones adulterinas y cualquier otra forma de unión libre.

La cuestión es una pareja que tiene hijos y atiende a los mismos para que puedan desarrollarse.

⁶ Nodarse, José. *Elementos de Sociología*, México, Ed. Selector, 35 ed, 2001, pág. 3.

⁷ Montero Dulhalt, Sara. Op, cit. pág 97.

Lo que destacamos es el hecho de que si la familia surge a partir del matrimonio tiene mayor seguridad jurídica, y para entender el concepto de seguridad jurídica, es necesario citar al autor Rafael Preciado Hernández, quien sobre seguridad jurídica cita: “La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, es dar seguridad a aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimiento societarios, y, por consecuencia, regulares, legítima y conforme a la ley.”⁸

De lo establecido por el autor en la cita anterior, resulta evidente que cuando la familia nace del matrimonio, inmediatamente tendrá mayores seguridades jurídicas a través de las cuales se fijan derechos y obligaciones entre la pareja.

Tal situación no sucede en las relaciones adulterinas, los amasiatos o la bigamia, aunque en la legislación del Distrito Federal, en lo que se refiere al concubinato, éste ya empieza a contar con una mayor seguridad jurídica, desde el momento en que se forma.

Sin embargo, queda claro que se genera una mayor seguridad jurídica si la familia parte del matrimonio.

⁸ Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Ius, 21 ed, 2003, pág, 233.

Del concepto de matrimonio, los autores Fernando Flores Gómez González y Gustavo Carbajal Moreno, comentan lo siguiente: “El matrimonio es una institución fundamental del Derecho Familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios, de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir de tales relaciones derechos y potestades por benigna concesión y aun así son de orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera.”⁹

Desde nuestro punto de vista consideramos que la idea de matrimonio genera una institución en la que se puede dar una mayor estabilidad a la familia como tal, aunque realmente la estructura ideal es que fuera de mayor permanencia, pero la realidad es que muchas de las veces la pareja se separa sin tramitar su divorcio, y forman nuevas parejas, e incluso vuelven a fracasar y forman una tercera familia. En la actualidad la familia no puede ser únicamente la formada por el matrimonio, sino que la familia es en sí la unión de personas entrelazadas por vínculos de sangre principalmente, que generan un parentesco entre sí y que desde el punto de vista del derecho natural se deben ayuda mutua.

De ahí que la base fundamental necesariamente es la unión de un hombre y una mujer, ya sea como matrimonio o se hubieran juntado por cualquiera de las formas libres como es el concubinato, o bien que estén en alguna de las formas ilícitas como es la bigamia, el adulterio o cualquiera otra circunstancia.

⁹ Flores Gómez, Fernando, Carbajal Moreno, Gustavo. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. Editorial Porra, México, 42 ed, 2002, pág. 279.

1.3 Concepto de filiación

Desde el punto de vista general, Efraín Moto Salazar, cuando hace referencia a la filiación, cita: “La filiación es la relación que se establece entre dos personas de las cuales una es padre o madre de la otra, la filiación tiene un carácter presuncional, es decir resulta de hechos presumibles. Se define que es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro.”¹⁰

Este es el punto principal de lo que es la filiación; la obligatoriedad en la guarda y custodia de los menores de edad no nace por afinidad ni por adopción ni por cualquier medio civil, nace por el llamado de la sangre, nace por el mismo derecho natural.

El ser padres e hijos hace una relación filial que más que un vínculo civil, es un vínculo de sangre entre las personas que se identifican por diversas circunstancias que les ofrece la identidad entre unos y otros.

Otra definición es la que proporciona el autor Edgar Baqueiro Rojas, quien cita que la filiación es: “El vínculo jurídico establecido por el derecho de nacimiento entre el hijo y sus progenitores, creador del parentesco consanguíneo. Vista la relación del progenitor recibe los nombres de paternidad y maternidad.”¹¹

¹⁰ Moto Salazar, Efraín. *Elementos de Derecho*. México, Ed. Porrúa, 36ed, 2001, pág 173.

¹¹ Baqueiro Rojas, Edgar. *Derecho Civil*. México, Ed. Oxford, 1 ed, 2002, pág 49.

Evidentemente que la filiación, tal y como la describe el autor citado, puede llegar a tener una cierta clasificación que incluso la ley regula.

Sobre el concepto de filiación, la autora Sara Montero Dulhalt cita: “Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre, madre, hijo o hija.”¹²

La paternidad o maternidad, en relación a los hijos o a las hijas, genera un vínculo de filiación.

Este vínculo básicamente estará enlazado por los derechos y obligaciones que surgen entre padres e hijos y que de alguna manera la legislación previene.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que el fundamento del concepto de filiación es el hecho del establecimiento de un vínculo entre el padre o la madre frente a sus hijos, a través del cual se va a lograr por un lado la protección de los mismos y por el otro la dirección que requieren al cumplir con las obligaciones que tienen de obediencia y fidelidad.

1.4 Clases de filiación

Principalmente la legislación regula la filiación matrimonial y la adoptiva; seguiremos la clasificación de la autora Sara Montero Duhalt, quien de alguna manera establece esa relación sanguínea entre padres e hijos.

¹² Montero Dulhalt, Sara: op. cit., pág, 266

Así citaremos las siguientes:

- 1.- Filiación matrimonial
- 2.- Filiación extramatrimonial
- 3.- Filiación civil o adoptiva

La filiación produce efectos jurídicos que se concretan directamente en que los hijos puedan llevar los apellidos de los padres inicialmente.

Después resulta la necesidad de alimentarlos desde el punto de vista jurídico, el darles alimento.

Desde el punto de vista civil se habla de la adopción legal, por medio de la cual surge una relación filial única y exclusivamente entre el adoptante y el adoptado.

Evidentemente, esta adopción puede llevarse a cabo por cualquiera de los cónyuges o de la pareja, y la relación filial será de tipo civil.

a) Filiación matrimonial

El artículo 324 del Código Civil establece lo siguiente: “Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario fracción I los hijos nacidos de matrimonio, fracción II los hijos nacidos dentro de los 360

días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de la nulidad del mismo, de muerte del marido o del 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.”¹³

La filiación, tal y como lo expresa el artículo 324 del Código Civil, surge cuando se tienen hijos nacidos dentro del matrimonio o bien dentro de los 300 días siguientes después de haberse disuelto dicho matrimonio.

Esto se ha estilado conceptualizar como la filiación surgida del matrimonio.

De hecho, el autor Rafael de Pina cuando nos ofrece algunas explicaciones sobre el particular, menciona: “La filiación es la relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores, desde el punto de vista legítimo, se llevan a cabo bajo señas personales de un sujeto en relación a la pertenencia a caracteres y personalidad.”¹⁴

Desde el punto de vista jurídico, la filiación que se puede reconocer es la que surge dentro del matrimonio, pero es preciso no dejar de tener en cuenta que la filiación puede surgir bajo otras circunstancias totalmente fuera del matrimonio.

b) Filiación extramatrimonial

¹³ *Código Civil para el Distrito Federal*, Ed. Sista, 2005, pág. 41

¹⁴ Pina, Rafael De. *Derecho Civil*. México, Ed. Porrúa, 21 ed, 2000, pág, 180

La filiación extramatrimonial se da cuando los padres no están unidos en matrimonio, pero también surge la necesidad de generar una mayor posibilidad de vida para los hijos, que les permita una seguridad jurídica en su desarrollo, de ahí que las relaciones libres como el concubinato que regula el Código Civil para el Distrito Federal están suficientemente protegidas.

Otra forma de filiación es la que surge a través de la adopción.

c) Filiación civil o adoptiva

La filiación surge del reconocimiento de los hijos ya sea por matrimonio o por ser reconocidos; la idea de la adopción genera otras circunstancias que básicamente son de naturaleza civil.

Así tenemos que el artículo 390 establece requisitos de la adopción a través de los cuales la persona mayor de 25 años que esté libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos puede adoptar a uno o más menores o incapacitados, aun cuando éstos sean mayores de edad, siempre que exista una diferencia de edades de 17 años entre el adoptado y el adoptante.

Aquí surge una relación de tipo civil que únicamente generara derechos y obligaciones entre el adoptado y el adoptante; como consecuencia, los cónyuges podrán adoptar cuando estén de acuerdo, e incluso entre los concubinos cuando los dos se encuentren conformes en adoptar a un hijo, o a su vez cuando llenen los requisitos exigidos por la ley, como

son: tener medios económicos bastantes, que la adopción sea benéfica para el adoptado, y que el adoptante sea una persona apta y adecuada para ello.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal Vigente, anteriormente aceptaba la adopción simple, pero ésta fue derogada y publicada su derogación el 25 de mayo de 2000, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, por lo que ahora toda adopción se convierte en general, y la única excepción que se puede hacer es con la adopción de tipo internacional, que es la promovida por ciudadanos de otros países con residencia habitual fuera del territorio nacional.

En estas circunstancias, también surge esa filiación civil con las consecuencias jurídicas que nuestra legislación establece, y son:

- a) Crea parentesco de filiación entre adoptante y adoptado.
- b) Establece prohibición del matrimonio entre adoptante y adoptado y los descendientes de éste.
- c) No extingue el parentesco consanguíneo del adoptado.
- d) Transmite la patria potestad a los padres adoptantes.
- e) Genera los derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado semejantes a la filiación consanguínea.

Como consecuencia directa se hace notar que la adopción presenta solamente lazos civiles, generados necesariamente por la norma civil y no por cuestiones de tipo natural o consanguíneas.

Tal vez en este tipo de circunstancias la sangre no llega a llamar, porque no hay en sí un derecho natural que los haga obligatorios, pero hay un vínculo de tipo civil, que se genera por la misma adopción.

1.5 Formas de determinar la filiación

Desde el punto de vista de este trabajo, es muy importante determinar cómo es que sobreviene la filiación, en virtud de que como se ha dicho, ésta puede incluso llevarse al grado de una cierta presunción.

De esta manera, hemos dividido este punto en tres:

a) Desde el punto de vista jurídico

Como se mencionó, en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, se presumen hijos de matrimonio salvo prueba en contrario los que nacen dentro del matrimonio o durante los 360 días posteriores a que se ha finiquitado dicho matrimonio.

Esto indica que la propia legislación presupone ya un esquema basado en el matrimonio a través del cual se da la filiación.

b) Voluntario

Desde el punto de vista voluntario, es posible que sobrevenga el reconocimiento de los hijos, esto es, como lo menciona el artículo 360, en términos generales, la filiación también se establece por el reconocimiento del padre o de la madre o de ambos o bien por sentencia ejecutoriada, que será a través de un reconocimiento judicial, esto es, por un juicio llamado de paternidad o maternidad, de tal naturaleza que para reconocer a los hijos, los padres deben tener la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que se va a reconocer.

El menor de edad no podrá reconocer a un hijo sin el consentimiento de los que sobre él ejerzan la patria potestad; así mismo tenemos que el reconocimiento hecho por un menor es anulable si se prueba que sufrió error, engaño o cualquier otra situación que nulifique el acto.

El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del progenitor; básicamente el reconocimiento ya no es revocable y si se ha hecho, ya no se tiene la posibilidad de nulificarlo por su propia voluntad.

c) Judicial

En el momento en que una persona no es reconocida como hijo de un padre, este último, o bien sus representantes legales, tienen derecho a iniciar acciones a través del llamado juicio de paternidad.

En términos generales, se puede decir que la investigación de la paternidad parte del contexto del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal “La paternidad y la maternidad, pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre”.¹⁵

Como consecuencia de lo anterior, se encontrará que la maternidad se prueba directamente, pero la paternidad tiene algunas dificultades que se deben resolver a través de un juicio de paternidad.

Los autores Luis Gustavo Arratibel Salas y Francisco José Huber Olea, comentan acerca de estas situaciones: “Sólo la filiación materna es la única susceptible de probarse directamente; el hecho del alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre con testigos; en cambio la paternidad nunca deja de ser una probabilidad, el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa; nos conformamos con presunciones que no producen certidumbre.”¹⁶

Sin duda se observa, como bien dicen bien los autores citados, que en lo que respecta a la maternidad ésta se prueba con simples testigos de alumbramiento, pero no sucede así en el momento en que se está hablando de la paternidad.

¹⁵ *Código Civil para el Distrito Federal*, México, Editorial Sista, 2005.

¹⁶ Arratibel Salas Luis Gustavo y Huber Olea Francisco José.: *Código Civil Comentado, Concordado y con Tesis Jurisprudenciales*. Ed. Sista, Tomo II, 2005, pág 303-304.

En este caso, en el momento en que se demanda la paternidad, el demandado necesariamente tiene que presentar las pruebas, ya que si no lo hace la sanción será que se le considere como padre.

Pero lo anterior, no es la única posibilidad a través de la cual se abre el juicio de paternidad, sino que también el hijo, cuando es reconocido y no está de acuerdo al llegar a su mayoría de edad, puede llevar a cabo el juicio de paternidad.

Otra circunstancia es la de una persona a la que se ha cuidado o se le ha dado un nombre o se le ha permitido que lleve el nombre en forma pública; en este caso podrá llevar a cabo una contradicción de reconocimiento tácito por la vía legal.

Otro caso es cuando la madre contrae el reconocimiento sin su consentimiento; o bien, cuando el padre o la madre no vivan juntos y reconozcan un hijo en el mismo acto, podrán convenir quién de los dos deberá sujetarse a la guarda y custodia.

De hecho, éste es el punto medular del trabajo de tesis en relación al compartimiento de lo que sería la guarda y custodia de los menores.

Por tal razón, cito la siguiente tesis jurisprudencial que a la letra dice:

“MENOR CUSTODIA DEL, CUANDO LOS PADRES SE SEPARAN DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO.- El artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone dos presupuestos para el

reconocimiento de hijos de padres que no vivan juntos; el primero se refiere a que en el mismo acto el padre y la madre convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; el segundo contempla el caso de que cuando los padres no hicieren el citado reconocimiento en el momento de registrar a su hijo, sea el juez de lo familiar quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor, previa audiencia de los padres y el agente del ministerio público; luego, si el demandado y su contraparte no convinieron sobre quién de los dos ejercería la custodia de su hijo, en mérito a que vivían juntos cuando lo registraron, es claro que al separarse con posterioridad sea facultad de un juez de lo familiar resolver lo más conveniente a los intereses del menor. (AMPARO DIRECTO 3080/90. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO MATERIA CIVIL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO VI, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 200).¹⁷

Es importante comentar que el caso planteado en el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal nos ayuda a delimitar el tema de tesis, que justamente consiste en el hecho de que cuando el padre y la madre no viven juntos, en el mismo acto reconocen al menor y en ese momento surge la necesidad de establecer cuál de los dos va a ejercer la guarda y custodia del infante.

Es preciso subrayar que en ningún momento se habla de quién va a ejercer la patria potestad, sino únicamente la guarda y custodia.

¹⁷ Jurisprudencia visible en Arratibel Salas Luis Gustavo, Huber Olea, Francisco José. *Código Civil para el Distrito Federal, Comentado, Confortado y con Tesis Jurisprudencial*. México, Editorial Sista, 1 ed. 2004, pág 302.

De ahí que para definir en quién recaerá la patria potestad se tendría que establecer una causal a través de la cual pudiera perder ese derecho alguno de los dos padres, situación que es bastante especial y que se abordará en otro capítulo.

Por el momento podemos decir que en lo referente a la patria potestad, ésta forma parte de ese derecho natural inalienable de la filiación entre padres e hijos.

Desde el punto de vista jurídico, nuestra legislación menciona varios mecanismos para las diversas situaciones, a través de las cuales se puede hablar de la filiación natural consanguínea de los hijos, y la manera en que pueden llevarse acciones judiciales en contra de ese reconocimiento.

1.6 Efectos jurídicos de la filiación legalmente establecida

Evidentemente, los efectos legales que se establecen inicialmente, serán la facultad de llevar los nombres y apellidos, los derechos y obligaciones concernientes a los alimentos, los deberes de representación, educación, asistencia y los derechos sucesorios.

A) Derecho a llevar un apellido

Uno de los primeros efectos que produce la filiación será la posibilidad de que a través de esta relación, los hijos puedan invariablemente detentar el derecho a tener un apellido.

De lo anterior, el maestro Ignacio Galindo Garfias nos menciona:

“La filiación es el punto de partida para establecer los hechos y deberes que correspondan a los miembros del grupo; producen otros efectos de menos importancia, porque una vez reconocida la filiación de una persona, ésta tiene el derecho de llevar el nombre de su progenitor, puede exigirle alimentos, y está facultado para disfrutar de los derechos derivados de la patria potestad y es llamado a la sucesión hereditaria de su padre y de su madre.”¹⁸

En términos generales, la filiación llega a establecer una relación jurídica de parentesco consanguíneo, que genera la trascendencia de la persona de un individuo a otro.

Si recordamos el concepto que el autor José Nodarce nos da sobre sociedad, observamos que la comunidad se da en un principio de permanencia.

Esta relación se logra a través de la procreación del hijo o de la hija, de la formación de los mismos, y del hecho de heredarles o de darles en sucesión no solamente el patrimonio o los bienes que la persona pueda alcanzar, sino también su propia identidad que va a formar su personalidad jurídica como es el apellido.

El formar parte de un clan, de una familia, es importante en relación a los deberes que la familia tiene como es el de ayudarse mutuamente.

¹⁸ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. México, Editorial Porrúa, 15 ed. 2001 pág 606.

La naturaleza de la paternidad trae como consecuencia inmediata la fijación de un nombre y por supuesto de un apellido que le hace pertenecer a una cierta familia.

B) Derecho recíproco de alimentos

Este derecho será en forma recíproca, puesto que cuando se habla de alimentos se dice que tendrán obligación los padres hacia los hijos, pero nuestro derecho establece que el que da alimentos tiene derecho a recibirlos.

Así lo señala el artículo 301 del Código Civil para el Distrito Federal: “La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho a pedirlos.”¹⁹

La trascendencia de los alimentos es insuperable, ya que denota inmediatamente la obligación de proteger a los desvalidos. Los niños, los adolescentes y los jóvenes, cuando se están preparando en la vida para ejercer una profesión, requieren de un encauzamiento idóneo a través del cual puedan lograr sus metas. Ese encauzamiento lo proporcionan los padres.

De esta manera, la ley de la vida exige que una vez que están dados, existe una cierta recuperación para los ancianos padres que ahora han perdido sus facultades, y que por ley natural ya no dependen tanto de sí mismos, sino que requieren de ayuda para sobrevivir por lo menos los últimos días de su existencia y de ahí la reciprocidad en la alimentación,

¹⁹ Ibidem

entendiendo que los alimentos comprenden no sólo la comida, sino también el vestido, la habitación, la asistencia médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y de parto.

Con respecto a los menores, incluyen los gastos de su educación, y el proporcionarles algún arte u oficio adecuados a sus circunstancias particulares. En relación a las personas con algún tipo de incapacidad o declarados en algún estado de interdicción, incluye lo necesario para lograr, en lo posible, su rehabilitación y desarrollo.

Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, se procurará todo lo necesario para su atención geriátrica, y que los alimentos se proporcionen integrándolos a las familias.

La sociedad puede estar debidamente satisfecha con la formación de la familia. De hecho, la obligación en el otorgamiento de alimentos corresponde a los padres, a falta de ellos a los abuelos, a falta de ellos a los tíos e incluso hasta el cuarto grado colateral que llega hasta los primos.

Si nuestra legislación es así, entonces por qué hay tanto niño de la calle, desvalido, abandonado, por qué ni siquiera el gobierno hace algo por este tipo de gente, siendo que es su familia hasta el cuarto grado colateral la que debiera ayudar a recuperarlos, a darles habitación, alimento y preparación necesaria; por eso el que da alimentos a su vez tiene derecho a recibirlos. Esa es la reciprocidad y es lamentable que dentro de la familia exista tanta desunión y desinterés entre sus miembros.

C) Derechos y deberes de representación, educación y asistencia

Una de las primeras obligaciones que genera la patria potestad es el derecho a representar a los menores que están sujetos a la patria potestad.

Debido a su poca experiencia y a su bajo nivel de discernimiento, los menores requieren de la asesoría o por lo menos de la representación de un mayor de edad, que de alguna manera pueda manifestar interés para la protección de sus derechos.

Sobre esta circunstancia, el autor José Arias ofrece los comentarios siguientes: “El hijo sometido a la patria potestad, no podrá dejar la casa de aquellos de quien está sometido y sin la autorización de ellos, además de que en un momento estos últimos representan los intereses del menor, así como la guarda y custodia de los mismos, educación en todo lo que esto concierne, el mantenimiento y la representación legal son situaciones en las que los padres deberán intervenir por ministerio de ley”.²⁰

Representarlos, educarlos y asistirlos, son en sí derechos y obligaciones que se observarán con detenimiento en el capítulo segundo referente a lo que es la patria potestad, en el punto 2.4.

D) Derechos sucesorio

²⁰ Arias, José. *Derecho de familia*. Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, 12ed, 2002, pág 369.

Desde el punto de vista sucesorio se sabe que la sucesión legítima o la llamada intestada, generarán una lista de causa habiente a través de la cual la filiación será privilegiada y preponderante hacia otros parientes.

Así, cuando el autor de la herencia no haya dejado testamento o el que hubiera dejado sea nulo o inválido, o no se cumpla la condición del heredero, a la muerte del mismo se abre una llamada sucesión legítima, en la cual, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal, son los descendientes los que inicialmente tienen el derecho a heredar los bienes y conjuntos de bienes y derechos que no se extinguen con la muerte. Posteriormente corresponde a los cónyuges, luego a los padres como los ascendientes, después a los parientes colaterales hasta del cuarto grado y finalmente a la concubina o concubinario, si se satisfacen los requisitos establecidos por la ley, y en caso de que no aparezca ninguno de estos últimos, entonces la beneficencia pública podrá reclamar en base a la denuncia de intestado, la transmisión de los bienes del de cuius.

De lo anterior se destaca que en una sucesión legítima, son los descendientes básicamente por filiación, los primeros llamados a heredar. La procreación genera un derecho de sangre, como se ha mencionado, y aun cuando las familias enfrentan diversas circunstancias y situaciones, existe en principio la posibilidad y necesidad jurídico social de que la filiación tenga para la relación de la familia un privilegio de derecho y obligación a través del cual pueda afrontar los embates y violencias que se presentan en la sociedad en que vivimos.

La desintegración familiar, el abandono de la familia, la violencia en la familia, el niño maltratado, son tan sólo situaciones que afectan todo ese cúmulo de derecho natural que llama la sangre.

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD

Derivado de lo que ha sido el desarrollo de la patria potestad, podemos observar que en la actualidad este término debería cambiar, pues anteriormente en el pueblo romano, la potestad era un poder sobre los hijos, en el que se permitía al padre alquilarlos, venderlos o hacerlos trabajar; incluso en el Derecho Romano antiguo se podía hasta matarlos sin tener problema alguno.

De esto nos habla el autor Eugenio Petit citando lo siguiente: “Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede emanciparlos a un tercero y abandonarlos. El poder del jefe de familia para dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad lo tenemos bien comparado en una infinidad de testimonios, aunque en tiempo de la República al parecer hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a estar con los parientes más próximos o bien con personas importantes tales como los senadores.”

21

²¹ Petit, Eugenio. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México, Ed. Nacional, 13 ed, 2000, pág 101.

Es de hacerse notar que en el Derecho Romano arcaico, se permitía que el padre tuviera poder incluso sobre la vida de sus hijos.

Esta es una situación que no debemos de olvidar en la secuela de nuestro estudio. Así, en el derecho romano se ejercía una potestad o un poder sobre los hijos, y al ir evolucionando y tomando una forma más piadosa en la actualidad, se transforma en una obligación de los padres de preservar el derecho de los hijos.

Por eso consideramos que sería conveniente en la actualidad establecer algunas medidas para que se lleve a cabo la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad.

2.1. Concepto

Como se menciona en el preámbulo de este capítulo, el concepto de la patria potestad está asociado a la autoridad.

El autor Joaquín Escriche al hacer una definición cita lo siguiente:

“La patria potestad es la autoridad que las leyes le dan al padre sobre la persona y bienes de los hijos. Esta autoridad compete al padre y no a la madre y recaen precisamente sobre los hijos legítimos y legitimados, mas no sobre los naturales, incestuosos, adulterinos y demás.”²²

²² Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. México, Cárdenas editores, 3 ed, 1999, Tomo II, pág 1333.

La definición antes mencionada es bastante antigua, de hecho, el autor Joaquín Escriche, se refiere a las leyes de partidas y cita algunas situaciones de la Legislación II, Título 17 de la partida 4, del Derecho Español.

Una definición más actualizada considera una posibilidad correspectiva de la autoridad de los padres hacia los hijos; esto es, no nada más el padre tiene la patria potestad, sino también la madre e incluso los abuelos, dependiendo siempre de algunas circunstancias específicas.

Así mismo, la definición que da la Enciclopedia Jurídica Omeba, al fijar un concepto de patria potestad, alude a lo siguiente: “La patria potestad, por el contenido social de que está investida, se encuentra regulada por normas que deben ser consideradas de orden común, no es perpetuo, hay casos que producen su extinción, como la emancipación y la mayoría de edad y otras que provocan su pérdida como la sanción impuesta por el mal desempeño de los deberes paternos o su incumplimiento; no es un derecho absoluto, sino relativo”²³

La Enciclopedia Jurídica Omeba ya vislumbra otros caracteres específicos de la patria potestad, que definitivamente llevan mucho más lejos que el hecho de establecer un poder o facultad que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

²³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires Argentina, Ed Bibliografica Argentina, Tomo 21, pág 798.

Se denota que no es un derecho absoluto, que más bien es relativo y que el objeto principal es la protección, que el menor de edad quede debidamente protegido.

Esto obliga a considerar cómo es que el bien jurídicamente tutelado por el concepto de la patria potestad, necesariamente está en relación con los intereses de los menores.

Otro autor que explica otros aspectos sobre la patria potestad, es Ignacio Galindo Garfias, quien cita: “La patria potestad toma su origen de la filiación, es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales tendrá que quedar establecida la filiación”.²⁴

El cuidado y protección de los menores, como se ha dicho, ahora es el bien jurídico tutelado por el concepto de patria potestad.

Como consecuencia de lo anterior, el interés que se persigue en establecer esta institución, es directamente el darle protección al menor de edad para que pueda lograr un cierto desarrollo y por supuesto depender de sí mismo en un futuro.

²⁴ Galindo Garfias, Ignacio, Op cit., pág 655.

2.2 Naturaleza jurídica

Como lo menciona el autor Ignacio Galindo Garfias, la naturaleza jurídica de la patria potestad emerge necesariamente de la filiación.

Por lo tanto, no es como lo estableció el autor Joaquín Escriche en la definición que citamos en el inciso anterior, que como ya se dijo es una definición antigua, pues en la actualidad el concepto de patria potestad evidentemente ha cambiado evolucionando a favor del menor de edad.

De hecho, ahora se considera una garantía individual preservar los derechos de los niños frente a la relación con sus padres. Como consecuencia de lo anterior, podemos resumir que la patria potestad radica en la seguridad jurídica de que los hijos van a gozar de protección de parte de los padres y la necesidad de conducirlos y educarlos; de esta forma, se observa que necesariamente el parentesco es el principal vínculo de la patria potestad.

Del concepto de parentesco el autor Salvador Orizaba Monroy nos comenta: "Parentesco es el conjunto de relaciones jurídicas que se establecen entre las personas que pertenecen al mismo núcleo social denominado familia, estas relaciones tienen su origen en la unión legal entre un hombre y una mujer o matrimonio, o bien en la filiación o en la adopción."²⁵

²⁵ Orizaba Monroy, Salvador. *Nociones de Derecho Civil*. México, Ed. Sista, 2 ed, 2004, pág 91.

Los vínculos de parentesco son en sí las bases a través de las cuales nace la obligatoriedad de protección, de hecho es un instinto natural el preservar el derecho de la reproducción.

Así, la patria potestad está constituida por un conjunto de potestades que coloca a los padres por encima de los hijos y por supuesto deberes que conciernen al respeto y la protección de los mismos hijos.

De nueva cuenta, se encuentra que hay facultades y obligaciones en la potestad y en el deber, y por consiguiente, es importante observar que el progenitor o los progenitores siempre tendrán la finalidad imperativa, desde el punto de vista del derecho natural, de proteger los intereses de su propia procreación.

2.3 Características

En términos generales, el contenido de la patria potestad va a presentar las siguientes características conforme al Código Civil para el Distrito Federal:

- A.- Irrenunciable (Artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal).
- B.- Intransferible
- C.- Imprescriptible
- D.- Temporal (Hasta los 18 años, artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal).
- E.- Excusable (Artículo 446 del Código Civil para el Distrito Federal).

Consideramos pertinente abordar cada una de estas características en un inciso por separado.

A.- Irrenunciable

Si la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley otorga a los padres sobre sus descendientes, entonces se encuentra que la relación existente se basa en una cierta filiación y por tal motivo, esta última no puede cambiarse, incluso ni con la adopción, pues hay que recordar que la adopción es en sí el surgimiento de un parentesco de tipo civil; de esto nos habla el autor Salvador Orizaba Monroy: “Hay tres clases de parentesco que son:

- 1.- Consanguinidad, que existe entre las personas que descienden de un mismo progenitor.
- 2.- Afinidad, que se contrae por virtud del matrimonio.
- 3.- Civil, es aquel que nace de la adopción y únicamente existe entre el adoptante y el adoptado.”²⁶

A pesar de que la familia pueda nacer por concubinato o bien por cualquier otra relación libre, como quiera que sea los padres ejercen sobre sus hijos la patria potestad.

²⁶ Orizaba Monroy, Salvador, op.cit. pág 91

La patria potestad será irrenunciable cuando sobrevenga por situaciones de consanguinidad; claro está que en la relación civil con el adoptado, la adopción puede acabarse por ingratitud, o incluso por llegar a la mayoría de edad.

Así mismo, la facultad potestativa se va ejercer en la persona del menor de edad y en los bienes que pueda tener o adquirir si fuese el caso.

Por lo tanto, tiene y presenta una característica de irrenunciabilidad, puesto que de lo contrario se daría el abandono.

Aquí es importante subrayar el aspecto del abandono de familia como un delito penal debidamente establecido en nuestra legislación, tanto de los estados como del Distrito Federal, y que de alguna manera fija sanciones de tipo corporativo de encierro, a través de las cuales trata de proteger un bien jurídicamente tutelado tan importante como es sobre todo la protección de los menores de edad.

Así, como se ha mencionado, básicamente lo que se está protegiendo es al menor de edad en su desarrollo y no el derecho de los padres hacia los hijos.

De esta manera, los artículos 193, 194, 195 y relativos del Código Penal para el Distrito Federal, van a establecer diversos delitos por abandono de familia, y los artículos 200, 201, 202, fijarán delitos en contra de la integridad de la familia respecto del abandono.

Por tal motivo, en el momento que surge la relación o el vínculo de filiación, la legislación establece dicho vínculo, el cual es inseparable, indestructible.

Si son hijos de matrimonio tienen que ser reconocidos sin la necesidad de la presencia de cualquiera de los cónyuges, sino simplemente con el acta de matrimonio, pero si no lo son entonces se requiere un proceso de reconocimiento a través del cual se logre esta situación, tal vez hasta un juicio de paternidad.

De hecho, también se puede encontrar el procedimiento de desconocimiento de la paternidad, del cual el autor Ignacio Galindo Garfias señala lo siguiente: “Esta acción tiene como fin destruir la presunción de la paternidad del marido respecto de los hijos de su esposa, que nazcan después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de los 300 días de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos. Esta acción sólo puede ser ejercida por el marido, siempre que se llenen los requisitos para hacerlo. Sólo en casos excepcionales previstos en la ley los herederos del marido pueden impugnar la paternidad del hijo nacido del matrimonio que deriva de tal presunción.”²⁷

²⁷ Galindo, Garfias, Ignacio, op cit, pág. 612.

Hay bastantes situaciones extraordinarias que rodean las circunstancias de la filiación en relación directa con la posibilidad de renunciar a ella, de tal manera que se parte de la base de su irrenunciabilidad, independientemente de que exista la excepción del desconocimiento de la paternidad que como acción detenta nuestra propia legislación.

B.- Intransferible

A pesar de que los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad surgen en relación directa con la filiación, es importante comentar el caso de la adopción y la forma en que de alguna manera se va a transferir la patria potestad.

El artículo 395 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el adoptante tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y los bienes de los hijos.

Sobre lo anterior, la autora Sara Montero Dulhalt, cita: “Casi todas las relaciones de carácter familiar son personalísimas, no pueden ser por ello objeto del comercio, no pueden transferirse por ningún título ni oneroso ni gratuito. Tal es la patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción”²⁸

Como se puede analizar, la única forma sería a través de una nueva filiación de tipo civil. Ya en líneas anteriores se habían establecido las fórmulas derivadas de la adopción y las diversas responsabilidades que

²⁸ Montero, Duhalt, Sara, op.cit. pág: 343.

esto genera; de ahí que, a pesar de que es intransferible la patria potestad, puede llevarse a cabo a través de la adopción, de tal manera que el adoptante dará al adoptado su nombre y apellidos.

Por lo tanto, el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

A través de la adopción es transferible la patria potestad, y como consecuencia, ésta adquiere el carácter de intransferible, tal y como se establece por la filiación y la procreación. Este derecho realmente ya no se va a transferir, puesto que, cuando sobreviene la adopción, el adoptante ejerce ahora la potestad sobre el menor adoptado.

Pero la relación genérica y natural derivada de la filiación no se pierde y por lo tanto estamos considerando que llega a ser intransferible desde el punto de vista jurídico.

C.- Imprescriptible

La prescripción es una forma a través de la cual se puede liberar la persona de derechos y obligaciones por el simple transcurso del tiempo.

De hecho, el artículo 1135 del Código Civil para el Distrito Federal, establece la siguiente concepción: “Prescripción es un modo de adquirir bienes o liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas en la ley.”²⁹

²⁹ *Código Civil para el Distrito Federal*. México, Ed. Sista, pág. 108.

A pesar de que el tiempo pase, evidentemente que la relación filial no desaparece; claro está que el ejercicio de la patria potestad termina cuando el sujeto a la patria potestad se emancipa a través del matrimonio o bien llega a la mayoría de edad.

De esta forma, por desuso de un derecho o bien de otra circunstancia, no va a perecer la relación mutua de la patria potestad.

El autor Edgar Baqueiro Rojas, cuando explica algunas situaciones sobre el particular cita lo siguiente: “La prescripción es el medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones por el transcurso del tiempo en las condiciones fijadas por la ley; la llamada prescripción liberatoria, negativa o pasiva es una forma de extinción de obligaciones por la inactividad del acreedor durante el tiempo fijado por la ley, los juristas romanos la llaman la protectora del género humano, pues libraba al deudor de la acción del acreedor moroso después de un determinado tiempo. La prescripción positiva, adquisitiva o usucapión, es el medio por el cual la posesión durante determinado tiempo se transforma en un derecho real.”³⁰

La patria potestad, como se ha estado diciendo, es un vínculo indestructible, y por lo mismo imprescriptible.

Respecto a la transferencia de este derecho y obligación, se requiere la aceptación de aquel que ejerce la patria potestad. Como consecuencia,

³⁰ Baqueiro Rojas, Edgar. *Derecho Civil*. México, Ed. Oxford, 1 ed, 2002, pág. 85.

de nueva cuenta observamos en la adopción la situación extraordinaria del ejercicio de la patria potestad.

Por esa razón, consideramos necesario volver a definir la adopción ahora en voz de Julián Bonecasse, quien menciona: “La institución de la adopción, el acto de adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación entre dos personas, de un lazo ficticio o más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento a favor suyo, la institución de la adopción”.³¹

En un momento determinado, se puede pensar que a través de la filiación o de un juicio de paternidad se pueda lograr la transferencia o prescripción de la patria o potestad, pero esto no es así.

Para que el reconocimiento sea legítimo se requiere la voluntad del que procrea, en virtud de que la legitimación procede en el momento en que no hay una seguridad jurídica que ofrece la relación matrimonial.

De hecho, la legitimación se identifica más que nada con los hijos que son nacidos fuera del matrimonio.

El artículo 354 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente derogado, generaba en la legislación anterior esas circunstancias, de las cuales Sara Montero Duhalt, menciona lo siguiente: “La legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos, por el matrimonio subsecuente de sus

³¹ Bonecasse, Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil.* , México, Ed. Oxford, 9 ed, 2000, pág. 260, 261.

padres. La legitimación tuvo gran importancia en el derecho pasado, por el diferente tratamiento jurídico que se les daba a los hijos en razón a su origen”³²

Con el paso del tiempo, sobreviene la necesidad de un reconocimiento de los hijos como una de las formas para llevar a cabo la legitimación de la que anteriormente nos hablaban los artículos 354- 359, que actualmente están derogados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del año 2000.

En cuanto a la paternidad, van a existir disposiciones científico biológicas para determinar la procedencia de los padres y una declaración judicial, que la haga valer, pero hasta ese momento surge la patria potestad.

En la adopción se observa que el efecto de imprescriptibilidad de la patria potestad llega a acabarse, puesto que a la luz del artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando se trata de la adopción del hijo, la patria potestad se acaba.

La característica de imprescriptible de la patria potestad, se observa de manera distinta para el que adopta y para el que da en adopción; así, con la adopción nace para uno y termina para el otro, aunque está claro que la filiación consanguínea no desaparece para la persona que está dando en adopción, de tal naturaleza, que surge ahora una nueva patria potestad de tipo civil, y que como lo hemos mencionado anteriormente, genera los diversos derechos y obligaciones recíprocos entre el adoptante y el adoptado.

³² Montero, Duhalt, Sara: Op. cit. pág. 277

Por lo tanto, desde el punto de vista de la prescripción, como lo ha definido el autor Edgar Baqueiro Rojas, evidentemente es imprescriptible, puesto que por el paso del tiempo no termina, se requieren situaciones especiales como la adopción para que ese derecho pueda llegar a prescribir.

Podemos decir que la patria potestad termina con el paso del tiempo, no prescribe mientras dura, pero sí termina a la mayoría de edad del que está sujeto a la patria potestad o el que se somete a la emancipación a través del matrimonio.

Pero mientras existe el vínculo no está sujeto a la prescriptibilidad formalmente establecida; insistimos, si la prescripción es el desuso de los derechos y con el simple paso del tiempo la extinción o adquisición de derechos y obligaciones, entonces la patria potestad es imprescriptible, pero debemos insistir que ésta se termina, no prescribe, ya que termina con el mayoría de edad o cualquiera de las causas de emancipación, pero no prescribe técnicamente hablando.

D.- Temporal

El mismo artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, fija perfectamente bien que la patria potestad se acaba cuando el que está sujeto a ella cumple la mayoría de edad o bien logra emanciparse a través del matrimonio, por lo que la naturaleza de la patria potestad está sujeta a una cierta temporalidad.

Sin lugar a dudas, esta es una situación por demás transitoria, temporal, a través de la cual se va a lograr que el menor de edad cuando llega a tener la mayoría de edad, dependa de sí mismo.

Sin embargo, no se debe de olvidar que desde el punto de vista del otorgamiento de alimentos, éstos no van a terminar con la mayoría de edad, sino que se tendrá la obligación por parte de los progenitores, hasta en tanto el acreedor alimentista pueda tener una profesión u oficio adecuado a su condición y sexo.

Conforme a lo anterior, las circunstancias que por el momento limitan a la patria potestad, desde el punto de vista temporal, son el cumplimiento de la mayoría de edad, o bien el hecho de que de alguna manera pueda emanciparse el que está sujeto a ella.

Como consecuencia de lo anterior, se habla de un derecho que termina realmente por el simple paso del tiempo y por lo tanto es temporal.

E.- Excusable

A pesar de que el ejercicio de la patria potestad no es renunciable, hay situaciones reales y materiales, a través de las cuales la ley entiende que es difícil su ejercicio.

Por esa razón, queremos citar el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala: “La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

Fracción I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos.

Fracción II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.”

Nótese cómo las situaciones y circunstancias que se van estableciendo, darán como resultado que definitivamente el bien jurídicamente tutelado por la patria potestad ya no es la potestad de los padres hacia los hijos, como lo hacía el derecho romano arcaico, sino prácticamente ahora el bien jurídico tutelado en la patria potestad es la seguridad de los hijos para que puedan llegar a tener un desarrollo que les permita valerse por sí mismos a futuro.

2.4 Derechos y obligaciones

Entre padres e hijos, existen una serie de derechos y obligaciones que definitivamente son trascendentales para la vida de la familia y por supuesto en la relación o vínculo entre padres e hijos; de hecho se establece la relación jurídica paterna filial. (Art. 324 del Código Civil para el Distrito Federal).

En términos generales, se pueden enunciar los siguientes derechos:

- 1.- La convivencia
- 2.- La protección a la persona
- 3.- La custodia
- 4.- La vigilancia de sus actos
- 5.- La educación moral, religiosa y de trabajo
- 6.- Las obligaciones de alimentos, la cual es recíproca y además solidaria.

- 7.- La relación de la personalidad en el otorgamiento de un nombre, de un apellido, de una imagen
- 8.- La administración de los bienes de los hijos
- 9.- La representatividad de los hijos en los diversos actos judiciales

El autor Manuel Chávez Ascencio, cuando habla de derechos y obligaciones de una forma general, alude a lo siguiente: “La patria potestad no es un poder que les impone a los sujetos a ella. Tampoco es conveniente acudir a la doctrina de los derechos y deberes para aplicar el cumplimiento ineludible de los deberes como una exigencia que se impone. Los deberes integran la relación jurídica, dentro de la cual se tiene un derecho recíproco quien tiene el deber de ejercer la patria potestad corresponde otro deber de los hijos y ambos tienen derecho a exigir el cumplimiento de sus respectivos deberes”.³³

Las diversas finalidades que se persiguen con la relación paterno filial, básicamente en el ejercicio de la patria potestad, serán las mencionadas, sobre la base de que invariablemente esté protegida la seguridad de los menores, y éstos a su vez deban tener necesariamente un respeto y una obediencia hacia sus padres.

De ahí que las necesidades son bastantes elevadas,³³ y el caso es que de alguna manera, dentro de la familia, se debe de estructurar una organización que permita su existencia y desarrollo, y ésta evidentemente la otorgan las normas que generan los diversos derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

³³ Chávez Ascencio, Manuel. *La Familia en el Derecho y las Relaciones Jurídico Paterno Filiales*. México, Ed. Porrúa, 4 ed, 2002, pág. 296.

El hecho de convivir en un solo espacio y el del cuidado y vigilancia de los menores es uno de los derechos más trascendentales.

Sobre este derecho se citan las palabras del autor Eduardo Zannoni: “La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación con los hijos no emancipados, significa tenerlos en compañía bajo su vigilancia y cuidado, el deber de convivencia es la natural consecuencia de la obligación de la patria potestad, a través de esto el deber de guardar y de vigilar, es la reintegración de la custodia para que el menor de edad pueda llevar a cabo su educación”.³⁴

Por eso la normatividad judicial genera una edad que anteriormente era de 21 años y que en la actualidad es de 18 años y ya se está pensando en liberar la patria potestad a partir de los 16 años.

Esto en virtud de que la evolución de la sociedad va avanzando a pasos agigantados y las necesidades de ambición y de cólera por la gran corrupción gubernamental, hacen que ahora los menores tengan que salir a la calle incluso a trabajar, contaminándose evidentemente con la ya contaminada sociedad mexicana.

De hecho, la misma legislación laboral establece la posibilidad de una mayoría de edad a los 16 años para que los menores de edad puedan trabajar, situación que obedece al hecho de favorecer las grandes fuerzas industriales nacionales, para adquirir una mano de obra barata y además joven.

³⁴ Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 3 ed, 2002, pág 711.

Con autorización de sus padres, los menores pueden trabajar a los 14 años de edad y la situación es que la explotación en el trabajo infantil no para, y lo que genera es que los someten a una cierta esclavitud sin misericordia, y es ahí donde se forma un adulto a los 18 o 21 años de edad.

Solamente el tiempo puede determinar la edad óptima para que los hijos vuelen por sí solos; se considera en términos generales que esta edad se da en circunstancias especiales para cada una de las familias, pero lo cierto es que la familia mexicana está suficientemente atacada por la televisión y los medios masivos de comunicación para que se desintegre y salgan a trabajar para vender su fuerza de trabajo en una forma barata y óptima para los intereses de la globalización.

Esta es una de las circunstancias que se debe cuidar y es importante que la familia tenga una comunicación y una cierta asesoría respecto de los derechos y obligaciones que impone la misma relación paterno filial.

2.5 Forma de ejercerla

La patria potestad debe de ejercerse sobre la persona del hijo o bien sobre de sus bienes.

Así, los padres son los titulares del ejercicio de la patria potestad, que obligan al hijo a guardarles respeto y a convivir en el mismo techo, y a los padres a proporcionarles alimentos, educación, cariño y fraternidad que deben existir dentro de la familia.

Cabe mencionar que el contenido de los alimentos no solamente corresponde a la comida en sí, sino que a la luz del artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, “Los alimentos comprenden:

1.- Comida, el vestido, la habitación, la atención médica, hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y de parto.

2.- Respecto de los menores, además los gastos para su educación y proporcionarles un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

3.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación o desarrollo.

4.- Por lo que hace a los adultos que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se proporcionen, integrándolos a la familia.”

Lo anterior es por parte de quien ejerce la patria potestad y como se mencionó principalmente en voz del autor Manuel Chávez Ascencio, el derecho de custodia, de vigilancia, de protección hacia la persona, incluye esa esfera que va a permitir al menor de edad tener una seguridad jurídica que le garantizará un desarrollo a futuro.

En lo que se refiere a los bienes, quienes ejercen la patria potestad son los legítimos representantes, llámense padres, tutores o quien en su

momento la ejerza; por lo tanto, son los administradores legales de los bienes que pertenezcan a los hijos.

Esto en virtud de que los hijos carecen de esa personalidad jurídica de representación y no pueden llevar a cabo actos jurídicos.

Una cosa es tener capacidad de goce como atributo de la persona y otra es que se tenga la capacidad de ejercicio que surge con la posibilidad de discernimiento y razonamiento; la ley supone que esto surge desde los 18 años de edad.

De esta manera, la ley considera que es a los 18 años cuando un individuo puede llevar a cabo la representación y administración de sus propios bienes.

Por último, implícito en la representación de bienes, se toma en cuenta que la misma legislación por ministerio de ley establece que los padres en cualquier momento representen legítimamente a los hijos en relación directa con los actos jurídicos que se llevan a cabo.

Sobre este derecho de representación, citamos al autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien explica: “La representación voluntaria se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad. Por medio de ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta”.³⁵

³⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Representación, Poder y Mandato*. México, Ed. Porrúa, 11 ed, 2001, pág 3.

Bajo estas circunstancias, se requiere que exista una persona responsable mayor de edad que ejerza la patria potestad, con el fin de lograr esa seguridad que la ley presupone para garantizar el desarrollo de los menores de edad.

2.6 Suspensión del ejercicio de la patria potestad

La patria potestad puede presentar situaciones extraordinarias a través de las cuales se puede:

- a) Acabar
- b) Perder
- c) Limitar
- d) Suspende

El artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que la patria potestad se podrá suspender en los siguientes casos:

- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- 2.- Por ausencia declarada en forma legal;
- 3.- Por consumo de alcohol, el hábito del juego, el uso terapéutico de sustancias ilícitas o lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que sea al menor y,
- 4.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Por lo tanto, para que se suspenda la patria potestad, como lo hemos visto al hablar de sus características, se requiere necesariamente acudir ante la función jurisdiccional para que el juez pueda llevar a cabo la declaración respectiva y de esa manera tener los efectos legales necesarios.

2.7 Pérdida de la patria potestad

La misma legislación en términos generales habla de cuándo la patria potestad se pierde:

- 1.- Exista alguna condena legal para la pérdida de este derecho
- 2.- En caso de divorcio
- 3.- Cuando se suscita la violencia familiar
- 4.- Cuando se incumple con la proporción de alimentos
- 5.- Por abandono de los progenitores hacia los hijos
- 6.- Cuando el que la ejerza haya sido condenado a una pena de prisión
- 7.- Cuando el que ejerza la patria potestad haya sido condenado por delitos graves

Aquí debemos hacer una aclaración en el sentido de que nuestra legislación establece fórmulas extraordinarias de la patria potestad, en el sentido de que se pueda suspender, perder o bien limitarse, que es este último caso el que previene la nueva reforma establecida en el artículo 444 Bis, donde se fija entre otras situaciones que la patria potestad va a estar limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que la ley dispone, por la vía de controversia de orden familiar, evidentemente ante una jurisdicción de tipo familiar.

Por lo que se refiere a la pérdida de la patria potestad, cuando en un momento determinado una persona pierde la patria potestad simple y sencillamente porque se le condenó en una sentencia a que la perdiera y tal vez el menor de edad haya sido muy pequeño, pero por determinadas razones tiempo después la persona se reivindica o se arrepiente y le ofrece al menor de edad seguridad jurídica, económica y moral, y se diera el caso de que el menor de edad pudiera estar mejor con dicha persona, desde el punto de vista jurídico, el juez no tendría la fundamentación o motivación para que pudiera recuperar la patria potestad, ya que la legislación no señala en ningún momento el ejercicio de alguna recuperación de la patria potestad, lo que consideramos una laguna, pero esto lo abordaremos con mayor énfasis en el capítulo cuarto.

Por el momento es importante citar a la autora Sara Montero Duhalt, quien respecto a la pérdida de la patria potestad comenta: “La casuística del artículo 444 parece innecesaria, bastaría con aclarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos; antes de la reforma se perdía también la patria potestad por causa de divorcio, el divorcio debe tener sus consecuencias con respecto a las personas de los cónyuges y aunque indirectamente repercute en los hijos, la ley no debe involucrarlos con la pérdida de la patria potestad de uno de sus progenitores.”³⁶

³⁶ Montero, Duhalt, Sara, op. cit. pág. 353.

La autora citada considera una generalidad respecto de la pérdida de la patria potestad; evidentemente que en la realidad, la determinación potestativa y además discrecional la tendrá el juez, y es importante que se den las causas de la pérdida de la patria potestad para que se encuentre su fundamento y motivación y se pueda dar por perdido este derecho. Consideramos que en lo que respecta al divorcio la ley deberá involucrarse con los menores, ya que si dentro de las causales de divorcio está la muy sonada violencia intrafamiliar, por cualquiera de los cónyuges, no será óptimo que los menores convivan con el agresor, aunque se trate de alguno de sus progenitores.

2.8 Limitación de la patria potestad

Anteriormente citamos el contenido general del artículo 444 Bis, en cuanto a la forma en que la función jurisdiccional va a llevar a cabo la limitación del ejercicio de la patria potestad por divorcio o separación.

Así, cuando ejercen la patria potestad y pasan a segundas nupcias no pierden ese derecho ni tampoco las obligaciones, ni los concubinos cuando hayan reconocido plenamente a sus hijos.

En consecuencia, derivado de estas situaciones, la patria potestad en un momento determinado, según las circunstancias del caso y la naturaleza de la separación, puede limitarse por causa de una suspensión provisional. En este caso la patria potestad podrá recuperarse.

Al respecto, se citan las palabras del autor José Luis Berdejo, quien señala lo siguiente: “El titular de la patria potestad quien perdió esta función la recuperará, en general, si cesa antes de la emancipación del hijo, la causa que produjo la pérdida o suspensión de la patria potestad”.³⁷

Sin lugar a dudas, lo que este autor explica debiera ser lo más normal y lógico cuando las personas pierden el ejercicio de la patria potestad, es decir, que en el momento en que se acaba la causa por la cual se perdió, se recupera, pero esta idea del autor José Luis Berdejo rige para la península ibérica española y no para México.

En nuestro país, existe una fórmula que consiste en establecer una declaratoria a través de la cual no se pierda la patria potestad, sino simplemente se limita y una vez que cesan las causales, entonces se declara que esa limitación ya no subsiste y puede recuperarse totalmente sin ningún problema.

Sin embargo, no hay una norma que especifique la recuperación, por lo que sería trascendental poderla considerar en este estudio, especialmente cuando hagamos el análisis de las leyes respecto al ejercicio de la patria potestad y su aplicación en el sentido de la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad.

³⁷ La Cruz Berdejo, José Luis. *Derecho de Familia*. Barcelona, España, Ed. Bosch, 3 ed, 2000, pág 195.

Como consecuencia de lo anterior, por el momento es preciso mencionar que el ejercicio de la patria potestad está relacionado con la seguridad del menor de edad; éste es un punto que no debemos olvidar.

CAPITULO III

TUTELA

Para poder establecer una diferenciación entre la guarda y custodia frente a la tutela, con la cual podría confundirse, es indispensable abordar en este capítulo lo relativo a esta institución.

Por lo tanto, el objetivo principal de este tercer capítulo, es básicamente establecer el concepto de tutela y sus diferencias con respecto a la guarda y custodia.

3.1 Concepto de tutela

Desde una óptica generalizada, el autor Edgar Baqueiro Rojas, al establecer una definición de lo que es la tutela, cita: “Es la institución para familiar que tiene por objeto el cuidado de la persona, de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, la administración de sus bienes en negocios jurídicos y actuaciones judiciales”.

38

Como lo dice el autor citado, es una institución para familiar, esto es, no llega a ser completamente familiar, pero realmente presenta tintes y aspectos de protección de la familia, en virtud de que una persona menor

³⁸ Baqueiro Rojas, Edgar, op.cit., pág. 109.

de edad que no está sujeta a patria potestad, o bien de un mayor incapacitado, se pone al cuidado bajo la tutela de otra persona, la cual inmediatamente tiene la representatividad legal en sus negocios jurídicos y actuaciones judiciales.

Consideramos que ya desde este momento se encuentra una gran diferencia entre los conceptos de custodia y tutela, y es esa posibilidad de representatividad que tiene el tutor, que le va a ofrecer en primera instancia, el poder llevar a cabo diversos actos jurídicos en relación directa con los intereses del que está bajo la tutela.

En términos generales, esta situación de la representatividad se entenderá mejor si citamos las palabras del autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien menciona lo siguiente: “La representación voluntaria se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad, por medio de ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre y por su cuenta. El Código Civil no trata un capítulo especial de la representación, sólo establece lineamientos generales”.³⁹

Para empezar, la representatividad no es voluntaria, ya que en el momento en que se da la tutela, esta representatividad surge por ministerio de ley, esto es, que el objeto mismo del acto jurídico que se realiza a través de la tutela es lograr una cierta representatividad para el menor de edad o bien para el mayor de edad incapacitado, para el fin y efecto de vigilar sus negocios jurídicos y tenerlos bien protegidos.

³⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., pág. 13.

Como consecuencia, son sujetos de la tutela, por un lado, los menores de edad que no estén sometidos a la patria potestad, lo que es muy importante y no se debe perder de vista, en virtud de que pudiese existir una relación entre la obligación de los padres y de los abuelos principalmente, de atender esa representatividad de sus hijos o nietos.

Por otro lado, son sujetos de tutela los emancipados, o bien los mayores de edad que de alguna manera hayan quedado en estado de indefensión.

Como consecuencia de lo anterior, evidentemente se crean obligaciones inherentes al cargo, principalmente de representatividad.

Por tal motivo consideramos necesario hacer una sola definición de lo que es la obligación y para esto citaremos al autor Manuel Bejarano Sánchez: “Podemos decir que la obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor de conceder a otra, llamada acreedor una prestación de dar, de hacer, o de no hacer”.⁴⁰

Evidentemente que si tomamos la teoría de las obligaciones, veremos que en la tutela no hay en sí un acreedor o un deudor, pero puede ser equiparable el hecho de que derivado de las obligaciones del tutor, existan situaciones frente al acreedor que es el que está bajo la tutela de aquel y como consecuencia nace la obligación legal a través de la cual el tutor debe lograr el objetivo principal, que es la representatividad en sus negocios jurídicos y actuaciones judiciales.

⁴⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. Ed. Oxford, 5 ed, 2003, pág. 5.

3.2 Clases de tutela

Conforme al Código Civil para el Distrito Federal, podemos citar tres clases de tutela:

A.- Testamentaria, art. 470.

B.- Legítima, art. 482.

C.- Dativa, art. 495.

Desde un ángulo generalizado, el autor Manuel Cervantes explica en qué consiste la tutela testamentaria: “Es aquella que se establece por testamento en los siguientes tres casos:

1.- Cuando uno de los padres sobrevive al otro o alguno es incapaz, el supérstite puede designar al tutor de sus hijos menores para el caso de que fallezca antes de que sus hijos alcancen la mayoría de edad.

2.- Cuando el testador, que puede ser ascendiente o un tercero del menor o incapacitado le herede bienes, puede designar un tutor para que los administre.

3.- Cuando el testador es padre adoptivo, para que el heredero no recaiga en la patria potestad de los padres o abuelos al concluir la adopción por muerte”.⁴¹

Evidentemente, como su nombre lo indica, la tutela testamentaria está relacionada con la posibilidad de llevar a cabo el acto de testar.

⁴¹ Cervantes, Manuel. *La Personalidad Jurídica*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 10 ed, 2002, pág 233.

De ahí que, en términos generales, dicha forma de tutela está relacionada con los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

Ahora bien, otro autor que de alguna manera ofrece explicaciones sobre el particular es Lara Vázquez Carlos, quien explica la tutela testamentaria de la siguiente manera: “Evidentemente que el requisito en el cual no puede existir este tipo de tutelas sería la disposición testamentaria, los casos son evidentes, cuando los padres van a sobrevivir el uno al otro o cuando el testador puede ser un ascendiente y se encarga a una persona de confianza o cuando el testador es padre adoptivo y quiere formalizar o que se siga llevando a cabo dicha formalidad en base a establecer directamente una tutela testamentaria”.⁴²

Como lo señala el autor citado, evidentemente que para que exista la tutela testamentaria se requiere necesariamente testamento.

Como consecuencia de lo anterior, resulta una situación meramente formal el hecho de que a través del otorgamiento del testamento se pueda sugerir llevar a cabo la tutela respectiva.

⁴² Lara Vázquez, Carlos. *Revista Escriba*, Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, año 3, número 5, primavera de 2005, pág. 111.

B.- Legítima

A la luz de lo que la propia legislación establece, encontramos la llamada tutela legítima, la que podemos explicar citando las palabras de Julián Güitrón Fuentevilla: “La tutela legítima se confiere a falta de la tutela testamentaria y recae entre los parientes y cónyuge del incapaz o del menor cuando no hay quien desempeñe la patria potestad. Corresponde la tutela legítima de los menores a los hermanos y a falta de éstos a los parientes colaterales hasta el cuarto grado: tíos y primos. La tutela de los mayores incapacitados deben desempeñarla los padres si el incapaz no tiene cónyuge o los hijos son mayores de edad. Faltando cónyuge, hijos y padres debe llamarse a los abuelos y faltando éstos a los colaterales hasta el cuarto grado”.⁴³

La tutela derivada por la ley, considerada como legítima, refleja la necesidad de que los menores de edad, cuando carezcan de parientes, sean acogidos incluso por instituciones de beneficencia.

En consecuencia, los directores de los hospicios, o personas que los han acogido, de alguna manera tendrán la posibilidad de convertirse en tutores (art. 492 C.C.D.F).

Nótese cómo aquí se puede encontrar una situación trascendental que se refiere más que nada al hecho de que la tutela legítima recaiga, cuando la hay, en la persona que protege a los menores de edad o bien a los mayores incapacitados.

⁴³ Güitrón Fuentevilla, Julián. *Naturaleza Jurídica y Autonomía del Derecho Familiar*, dentro de “Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio Aznark, presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 3 ed, 2001, pág 142.

Por lo tanto, en el momento en que hay una persona que atiende a otra que ha caído en el exposición o en el abandono, existirá una tutela a través de la cual se otorga la protección inmediata del menor, y si éste tiene bienes, se debe decidir sobre la administración de los mismos para que las personas que los hayan acogido en instituciones de asistencia o bien en sus casas particulares, puedan representarlos.

De ahí que todos los responsables de las casas de asistencia, sean públicas o privadas, donde se recibe a menores que hayan sido objeto de violencia familiar, tendrán inmediatamente la custodia de éstos en los términos que establezcan los institutos.

Como consecuencia, esa representatividad en la tutela es la gran diferencia con la guarda y custodia de los menores que quedan en estado de exposición.

C.- Dativa

La tutela dativa es la que se asigna por el juez a las personas señaladas por la ley como tutores: los miembros de los ayuntamientos o autoridades administrativas, profesores oficiales, miembros de las instituciones de beneficencia, y procede cuando se haya asignado tutor testamentario y se carezca de parientes.

La tutela dativa tiene lugar según el artículo 495 del Código Civil para el Distrito Federal, en dos situaciones:

- 1.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima.
- 2.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente a ejercer su cargo y no haya ningún pariente de los designados en el artículo 483.

Como consecuencia de lo anterior, el tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años de edad.

El juez de lo familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para probarla. Para reportar las ulteriores designaciones que haga, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en la propia legislación, ya que si el menor no ha cumplido los dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo familiar con base en las personas que figuren en una lista en el Consejo de Tutelas o ante el Agente del Ministerio Público, quien debe cuidar que quede comprobada la honorabilidad de las personas que han sido elegidas para ser tutores.

3.3. Concepto de custodia

Aunque el fin que se persigue es el mismo, esto es, la protección de un menor de edad o de un mayor de edad incapacitado, a través de la custodia e incluso de la guarda, se han de establecer los diversos medios a través de los cuales se proteja a los menores de edad.

A esto se refiere el autor Salvador Orizaba Monroy, al decir lo siguiente: “La custodia es el cuidado y guarda de los menores o incapacitados de valerse por sí mismos. El Código Civil otorga la custodia de los menores a los padres que ejercen la patria potestad si viven juntos; en caso de estar separados por divorcio o nulidad de matrimonio, corresponde al juez determinar a cuál de los padres corresponde la custodia, aunque ambos conserven la patria potestad. En el caso de reconocimiento de hijos fuera del matrimonio, si el reconocimiento es simultáneo, la custodia se transmite por mutuo acuerdo y a falta de tal el juez resuelve lo más conveniente para el hijo.”⁴⁴

Lo primero que podemos deducir es el hecho de que en la guarda y custodia no se va a otorgar inmediatamente la representatividad de la persona, y esto hace que en términos generales, exista una diferencia bastante profunda entre lo que es la tutela y la guarda y custodia.

En la guarda y custodia, el fin es semejante al de la tutela, es decir, proteger al menor de edad y en un momento determinado el de cuidar al discapacitado mayor de edad, de tal manera que a través de estas instituciones se genera la posibilidad de protección que hace que la guarda y custodia proteja a los menores de edad que no tienen un lugar en donde puedan desarrollarse.

Así tenemos que, cuando el padre o la madre no vivan juntos, los dos van a ejercer la guarda y custodia, por lo tanto, es indispensable establecer un convenio a través del cual exista lo que actualmente reconoce la reforma como la custodia compartida.

⁴⁴ Orizaba Monroy, Salvador, op. cit. pág 144.

Luego entonces existirá un cierto reconocimiento por el padre y la madre que ejercen la guarda y custodia, y llegado el momento, si el juez no creyere necesario modificar las situaciones de guarda y custodia, entonces, la pareja debe ajustarse a lo que la ley determina, y en este caso, la patria potestad que se ejerce sobre los hijos corresponderá a cada uno de ellos en el orden que el juez haya determinado en caso de separación.

Ahora bien, el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, fija una circunstancia tan especial, que es necesario transcribirlo: “Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. ...”.

En relación con lo anterior, estamos de acuerdo con el contenido del artículo, ya que los menores deberán seguir teniendo convivencia con sus padres si éstos siguen teniendo la patria potestad, aunque no la guarda y custodia, pero a reserva de que no se encuentren en peligro.

Independientemente que se analizará la reforma en el capítulo IV, de entrada, la guarda y custodia tiene una limitación, que es la suspensión o cualquier incumplimiento en el ejercicio de la patria potestad.

Incluso si observamos algunas situaciones o impedimentos dentro de la tutela, encontraremos algunas circunstancias a través de las cuales los tutores deben dejar solas a las personas sobre las cuales ejercen su tutoría, en especial cuando existe la posibilidad de matrimonio o alguna situación por la cual se pueden emancipar.

En cambio, la custodia es en sí un derecho natural, el cual no puede nulificarse por un simple acuerdo o una declaración judicial evidentemente, y puede ser una custodia compartida, o para decirlo mejor, reglamentada.

3.4. Concepto de educación

Hasta este momento, podemos afirmar que el objetivo de la tutela, en principio, es la guarda y custodia de la persona y bienes que no están sujetos a patria potestad y si son mayores de edad y tienen una incapacidad legal, deben estar sujetos a una representación.

El artículo 468 del Código Civil para el Distrito Federal, hace alusión a una circunstancia que es la función educativa.

En el momento en que el juez de lo familiar pudiese llegar a tener la custodia provisional o bienes del incapaz en los casos que la propia legislación establece, los objetivos directos de esta función van a estar asistidos por instituciones médicas, educativas y de asistencia social.

De ahí que una de las obligaciones inherentes a la posibilidad de lograr el objetivo educacional, resulta ser fin y objetivo que se alcanza a través de la guarda y custodia y la tutela.

Este es otro punto entre las tres figuras, y por lo tanto, sería bueno observar algunos principios rectores de la educación, sus fines y hasta dónde puede llevarse a cabo a la luz de la protección provisional o permanente que puede hacerse a través de la guarda y custodia y por supuesto de la tutela.

Así, citaremos las palabras del autor David Casares Arrangoiz, quien cuando explica algunas situaciones sobre la educación hace alusión a lo siguiente: “La educación es la principal garantía en la construcción de un futuro mejor para los países latinoamericanos; los grandes problemas son fundamentalmente de educación y liderazgo; los líderes mundiales y nacionales tienen, hoy por hoy, la oportunidad de solucionar dificultades mediante decisiones políticas y éticas utilizando de manera racional los recursos materiales, científicos y económicos a nuestro alcance.”⁴⁵

A la luz de lo establecido por este autor, hemos de encontrar que la necesidad de educación forma parte de las diversas garantías constitucionales establecidas en el artículo 4 para la protección y desarrollo de los infantes, de tal naturaleza que quien ejerza la patria potestad, se enfrente a la tutela o bien tenga la guarda y custodia; el interés principal es el poder incluir en un sistema educativo a la persona que esté bajo su guarda y custodia.

⁴⁵ Casares Arrangoiz, David. *Líderes y Educadores*. México, Ed. Universidad del Valle de México, Fondo de Cultura Económica, 1 ed, 2000, pág 23.

3.5. Concepto de disciplina y aplicación de la misma

Sin duda, el hecho de tener bajo la guarda y custodia a una persona, significa el poderle proporcionar un sistema a través del cual pueda desenvolverse en la vida, con base en medidas de control y disciplina.

El autor David Fontana, cuando habla de la disciplina, dice: “La disciplina ha sido una de las principales funciones de los padres, profesores y profesoras, que aunque entendida de modo distinto a través del tiempo, los enfoques actuales han logrado superar su concepción tradicional más generalizada, como un mero control externo, estereotipado y rígido, para centrarse en las condiciones en las que debe de desarrollarse el trabajo en casa y el escolar. Con ello se enmarcan en las estrategias de gestión las funciones de los padres y docentes, en orientar y regular en un sistema, los factores que intervienen en la creación de un lugar adecuado con un ambiente de trabajo disciplinado.”⁴⁶

Sin duda, la cultura de los valores que se analizará en el inciso siguiente, es en sí una de las principales motivaciones a través de las cuales se lleva a cabo la tutela y a la par la guarda y custodia.

Hasta este momento hemos señalado algunas diferencias entre lo que es la tutela, la guarda y custodia, y por supuesto la adopción e incluso la patria potestad.

⁴⁶ Fontana, David. *La Disciplina*. México, Ed. Santillana, 5 ed, 2002, pág. 3.

La cuestión básicamente sigue siendo la misma, en principio, el poder dar al incapaz una posibilidad a través de la cual pueda generarse su protección y con esto, llevar a cabo su desarrollo natural.

Pero entre estas instituciones, se desarrollan evidencias que es preciso hacer notar.

En la tutela, como hemos dicho, la representatividad es uno de sus objetivos, independientemente de proteger al menor y darle la posibilidad de lograr un cierto desarrollo.

Como consecuencia de lo anterior, además de la obligación alimentaria, es necesario que se incluya la posibilidad de educación del menor.

Para el cumplimiento de dicha obligación alimentaria, la disciplina será el medio adecuado a través del cual los menores de edad o los incapaces llegan a quedar protegidos.

El autor Julián Bonnecase menciona sobre el particular, haciendo alusión a lo siguiente: “La obligación alimenticia entre parientes por consanguinidad y afinidad, nace principalmente del matrimonio o del reconocimiento; evidentemente nace también de la adopción. Se advierte, que no solamente es la relación alimenticia, sino también la necesidad de sobrevivir en un plano de desarrollo para que los menores tengan la protección necesaria para desarrollarse y poderse educar.”⁴⁷

⁴⁷ Bonnecase, Julián, op. cit, pág. 286-287.

Evidentemente, el trabajo educacional debe guiarse en una exigencia disciplinaria; es importante considerar a la disciplina como el medio adecuado en la formación del hijo.

Como consecuencia, el poder enseñar al infante a razonar su conducta y poderle guiar a una cierta educación, es darle la libertad e independencia que necesita para lograr una posición dentro de la sociedad y llevar a cabo su desarrollo individual frente a la comunidad.

Cabe destacar entonces, que los padres, los tutores, y aquellas personas que tienen la responsabilidad de la guarda y custodia de los menores cuentan con diversas herramientas para el logro del principal objetivo, que es el desarrollo de los menores; de ahí que la legislación establece como garantía individual en el artículo cuatro constitucional, la obligación de los padres, custodios o tutores, de preservar los derechos de los hijos.

3.6. Concepto de cultura y valores

Hemos desviado este trabajo a algunas cuestiones pedagógicas como la educación, la disciplina y los valores, en virtud de que en la sociedad actual se tiende a no tomarlos en cuenta para el sano desarrollo de los menores de edad, y como consecuencia, es importante analizar algunas situaciones de hecho que comprometen a los padres en la educación y formación de sus hijos conforme a los valores.

Sobre esto, el autor Samuel Arriarán señala lo siguiente: “Sin duda alguna, uno de los problemas que presenta complejidad en México, es la modernización educativa. Esto es así porque presenta un carácter controvertido, mientras que unos siguen defendiéndola, pese a su absoluto fracaso, otros se dedican a plantear falsas expectativas. Sin embargo, habría que señalar que esta tarea no es fácil, ya que no sólo depende de factores de la política interna sino de factores externos. Esto se debe al hecho de que los cambios sociales contemporáneos han afectado radicalmente los fines de la formación y actualización de los maestros. Uno de estos cambios, que más angustia y desespera provoca el fracaso de todos los proyectos de emancipación social; la raíz de esto es el hecho de no reflexionar sobre principios fundamentales, de otorgar una educación con valores que forme la personalidad del alumno y sea recio en su desarrollo intelectual.”⁴⁸

Evidentemente que dentro de las situaciones que se dan, no solamente en la tutela, sino en la adopción, en el ejercicio de la patria potestad y por supuesto en la guarda y custodia, estará la necesidad de ofrecer al alumno una posibilidad concreta que le permita aprender los valores dentro de la familia principalmente, y los que se van aprendiendo en el desarrollo social.

Como consecuencia de ello, se requiere una formación por parte del personal docente, para que, de alguna manera, se puedan evaluar los valores sociales y se cree un sistema educativo a través del cual se puedan manejar dichos valores dentro de la educación tradicional. Cabe mencionar que en algunas instituciones educativas, el plan de estudios

⁴⁸ Arriarán, Samuel. *La educación conforme a valores*. México, Universidad Pedagógica Nacional, 2 ed, 2003, pág 47.

incluye la materia de valores, pero desgraciadamente no es así en todas las instituciones de educación básica.

Por lo tanto, consideramos que cuando los valores forman parte de la educación escolar, el tutor que ejerce la patria potestad o el que tiene la guarda y custodia, logrará una base educativa que permitirá al menor de edad tener una convicción más sólida a futuro.

Pero es necesario considerar, que dentro de los diversos valores que están inmersos principalmente en el hombre, en la familia y en la sociedad, estos últimos han estado modificándose a pasos agigantados; la fraternidad, la comunicación, el amor dentro de la familia, se han ido perdiendo, y en muchos casos los hijos apenas si se tratan de comunicar con los padres, y los padres con los hijos.

El cariño, el abrazo, la solidaridad familiar que tanto nos hacen falta para lograr un país unido, han ido en decremento.

Esto es sin duda un foco de descomposición social que de alguna manera el derecho trata de proteger a través de la legislación, pero que no se logra en virtud de la alta corrupción que sufrimos en el gobierno de nuestro país y que sexenio tras sexenio continúa.

3.7 Importancia de los valores en los menores de edad

Aunque en apariencia nos hemos desviado del tema central del presente trabajo, para referirnos a la importancia de los valores en la formación de los menores de edad, esto tiene relación con las obligaciones de

aquellos que ejercen la tutela, o bien tienen en guarda y custodia a un menor de edad, en virtud de que, como hemos mencionado, la obligación alimenticia no nada más forma parte de lo que sería la comida diaria sino que también incluye el vestido, la habitación, la atención médica, y para los menores de edad, los gastos en su educación a fin de que se les proporcione un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Esto no se da simple y sencillamente por casualidad, sino que se pretende establecer un sistema adecuado, a través del cual los padres atendiendo a sus propios hijos, formen ciudadanos útiles, y no caigan en la depravación viciosa de la delincuencia, como está sucediendo en la actualidad.

Es de trascendental importancia que el menor de edad tenga un cuadro pedagógico que le permita lograr una mayor independencia con cierta autoridad.

De esto la autora André Berge cita: “Desgraciadamente, cuando se reprocha a alguien la falta de autoridad, no se tiene en cuenta por lo común la autoridad sino la cantidad visible desplegada, y se descuida casi siempre la calidad, aunque esté ahí, sin duda el punto esencial. Si cree demasiado que el problema consiste en hablar más fuerte y tratar con rigor, aun cuando estos medios tradicionales han dado prueba de total y manifiesta ineficacia, por lo que el niño reprime su propia educación, y ve desde otro ángulo diferente la expansión de sus facultades. En cambio, si goza de libertad ya hay un medio comprensible de los valores sociales que pueda manejar continuamente, el fondo de la

percepción logrará obtener la calidad necesaria que todo educador busca en la relación, enseñanza-aprendizaje.”⁴⁹

Las virtudes, los valores y la educación moral, realmente han quedado fuera del contexto de la sociedad, ya que factores tan nocivos como la televisión han hecho que la pérdida de valores en los menores de edad los deforme y los guíe hacia un estado de imitación que definitivamente es bastante cuestionable, ya que los medios de comunicación masiva y la violencia han generado otro tipo de personalidades.

Hacemos hincapié en este aspecto, en virtud de la necesidad de una mayor eficacia jurídica de los tutores y de aquellos que ejercen la patria potestad o llevan a cabo la guarda y custodia de los menores, porque no nada más es lograr que el niño cohabite con una familia, sino que la convivencia debe comprometer a las personas para la ayuda mutua y la vida en común.

De ahí que al objetivo de la guarda de la persona y sus bienes, se debe agregar que no solamente se trata de la representatividad en relación a su persona y sus bienes, sino también de la necesidad de preservar los derechos de los hijos frente a las vicisitudes de la vida normal, pues no solamente es cuestión de guiar a los menores de edad, sino que además se les debe proporcionar el cariño, la fraternidad y la comprensión que necesitan para lograr una correcta formación.

La carencia de valores o la ignorancia de ellos, solamente conduce a las personas hacia la degradación y desintegración de las familias; de ahí la

⁴⁹ Berge, André. *La libertad en la educación*. Buenos Aires, Argentina, Ed. Capeluz, 3 ed, 2003, pág 31.

importancia de integrar esos valores a la formación y educación de los incapaces o de los menores de edad, como parte del ejercicio de su guarda y custodia.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LAS LEYES RESPECTO AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU APLICABILIDAD

En este capítulo se realizará un análisis de las leyes que se refieren al tema que se aborda en este trabajo de investigación, para así mismo poder establecer las situaciones de la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad, especialmente en casos de divorcio y por supuesto la nueva custodia compartida de la que estudiaremos su situación.

4.1. Constitución en su artículo cuarto

El artículo 4 constitucional, en sus últimos tres párrafos, establece lo que serían las garantías individuales de los niños y niñas, de la siguiente manera:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento a los derechos de la niñez.”

50

Para poder analizar estas garantías individuales, en un principio debemos definir lo que es la garantía individual, razón por la cual haremos referencia a las palabras del autor Ignacio Burgoa, quien cuando alude a una definición de las garantías individuales, lo hace de la siguiente manera: “El concepto de la garantía individual se forma mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado sujeto activo y el Estado y sus autoridades sujetos pasivos.
- 2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objetos).
- 3.-Obligación correlativa, a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objetos).
- 4.- Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente).”⁵¹

⁵⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Ed. sista, 2005, pág. 31.

Estos tres últimos párrafos del artículo 4 constitucional, resultan ser el ordenamiento máximo sobre el cual se rigen otro tipo de reglamentaciones como es el mismo Código Civil para el Distrito Federal, y todo lo relativo al Consejo Local de Tutelas.

Esto quiere decir que en el contexto social, la comunidad se compromete a respetar estos derechos fundamentales establecidos en la Constitución, misma que ordena al Estado llevar a cabo el respeto de los derechos de los niños.

Por otro lado, es importante también establecer la jerarquía de aplicación de las garantías individuales.

Para ello, consideramos necesario citar el artículo 133 constitucional: “Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de

⁵¹ Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, Ed. Porrúa, 37 ed, 2004, pág: 187.

las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”⁵²

Derivado de lo anterior, puede afirmarse que la garantía individual es la noción más importante que como fundamentación básica se encontrará dentro de la legislación nacional.

De ahí que los menores de edad tienen el derecho a la satisfacción de sus necesidades, como son:

- 1.- alimentación
- 2.- salud
- 3.- educación
- 4.- sano esparcimiento para su desarrollo integral

Por lo tanto, los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar y proteger estos derechos.

De hecho, el propio Estado va a proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, además de que dará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

⁵² Ídem

A la luz de lo establecido, la primera consideración que debemos subrayar, es el hecho de que el menor de edad deberá tener la protección necesaria por parte de sus padres, en primera instancia, de los tutores o bien de quienes ejerzan la custodia.

La Comisión de Derechos Humanos, como organismo promotor del cumplimiento de los acuerdos internacionales en materia de derechos de la infancia, considera que es fundamental animar a los gobiernos locales a tomar como referencia los acuerdos y tratados internacionales que en materia de derechos de la infancia ha adquirido el Estado mexicano; la legislación vigente en el Distrito Federal avanza en el cumplimiento de esos tratados, principalmente la Convención de los Derechos del Niño que tiene vigencia en México desde 1990.

En el presente documento se analiza la situación que guardan los derechos humanos de la infancia en el Distrito Federal desde la perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada por el Senado de la República en 1990 y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, le otorga el carácter de Ley Suprema de toda la Unión, por lo que las leyes y los tratados de la Federación y de cada estado deben de arreglarse a lo establecido en ese acuerdo internacional.

El artículo 122 constitucional señala, dentro las atribuciones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la de legislar en las materias que expresamente le confiere. En tal sentido, la I Legislatura de la Asamblea Legislativa aprobó el 21 de diciembre de 1999 la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que fue promulgada en la Gaceta oficial el 31 de enero de 2000.

Esta ley ha sido registrada como la primera que en su tipo ha tratado de corresponder a los compromisos adquiridos por el Estado mexicano en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, ya que es contemporánea a la reforma y adición del artículo 4 constitucional en esta materia (aprobadas el 13 de diciembre de 1999 y promulgadas el 6 de abril de 2000) y precedió a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (aprobada por el Congreso de la Unión en abril de 2000) de carácter federal.

El análisis del grado en el que la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal cumple con los principios y las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño tiene enorme relevancia en la medida en que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU (organismo encargado de vigilar la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en los Estados parte) se ha referido tanto en sus observaciones de 1994 como en las de 1999, a la necesidad de fortalecer el proceso de reformas legislativas que, tanto en el plano

nacional como en el local, afectan el cumplimiento de los derechos de la infancia.

Ese análisis es también relevante en la medida en que, a partir del año 2000, algunos estados de la República han creado legislaciones relacionadas con la infancia y sus derechos y, en muchos casos, se toma como referente principal la ley del Distrito Federal.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos considera que falta mucho por hacer en el marco normativo de los derechos de la infancia en México, para lograr que los niños y las niñas sean titulares de esas garantías, y que se deberá reformar el marco normativo, ya que es muy limitado porque sólo se queda en el ámbito de la protección al confirmar con el análisis de las mismas leyes que el menor es sujeto de derechos, pero desgraciadamente no es titular de los mismos, ya que los padres o quien tienen la custodia del menor no lo hacen posible.

4.2. Código Civil para el Distrito Federal

En los capítulos segundo y tercero hicimos referencia a las diversas formas a través de las cuales la legislación civil establece la guarda y custodia de los hijos y la forma en que sobreviene el ejercicio de la patria potestad y la tutela.

Citaremos el contenido del artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual en términos generales establece: “La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce se considerará abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos. En todos los casos quien hay acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.”⁵³

Es preciso mencionar, que el propio Código Civil genera toda una reglamentación a través de la cual se establecen las reglas para hacer efectiva la garantía individual, protegiendo el desarrollo integral de los menores, aun de aquellos que queden abandonados, o que sean separados de sus progenitores cuando en el hogar de éstos exista violencia familiar y por lo tanto se considera que no son situaciones viables para el menor de edad.

Existen instituciones como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en el cual los menores reciben protección y amparo, mientras que son dados en adopción en el caso de los expósitos o de los menores que los mismos progenitores exponen para la misma causa; en cambio, los menores que son recogidos por el

⁵³ Ídem

Ministerio Público debido a la violencia familiar, son llevados al SNDIF para que dicha Institución les proporcione los cuidados necesarios para su desarrollo, como son: educación, vestido, alimentación, atención médica, psicológica y pedagógica. Lo anterior, hasta que se resuelva la situación jurídica del menor, ya sea la reintegración a su familia, o tenerlo contemplado para una posible adopción.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tiene como política principal el proteger los intereses de los menores, en contra de los embates fuertes de la vida, a fin de que puedan quedar protegidos en sus intereses y lograr con ello ese desarrollo integral que trata de garantizar la constitución política como garantía individual.

4.3 Últimas reformas a la regulación de la custodia compartida en el Código Civil para el Distrito Federal

En la gaceta oficial del 22 de julio de 2005 se establecieron reformas al Código Civil del Distrito Federal, en las cuales ya se contempla la posibilidad y estructura de una custodia compartida, de tal manera que ésta se contempla más en los casos de divorcio; así tenemos que el artículo 282 en su fracción V establece: “Desde que se presenta la demanda de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme las disposiciones siguientes:

Fracción V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos, y pudiéndose compartir la custodia. En efecto, de ese acuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor.”⁵⁴

Por otro lado, en el momento en que se dicte la sentencia de divorcio, también ha de establecerse o procurarse una cierta custodia compartida, situación que previene el segundo párrafo del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra cita: “Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres; en caso de que algún ascendiente tuviera la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.”

Las posibilidades que surgen de la nueva reforma estarán sobre todo dirigidas a que a pesar de que los padres puedan separarse o divorciarse, se ejerce un derecho natural a través del cual se puede llevar a cabo la custodia compartida, y así mismo pasar el mayor tiempo ambos padres con los menores.

⁵⁴ Ídem

Así, se observa que la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad se enfatiza con la nueva reforma, y se van fijando diversos puntos a través de los cuales se logra una mayor y mejor comunicación con los padres y por tal motivo no se pierde esa relación de parentesco, de manera que quienes quieran seguir teniendo contacto con sus hijos, lo podrán hacer incluso a través del ejercicio de una acción en la petición de la custodia compartida.

4.4 Ley de las niñas, niños y adolescentes en el Distrito Federal

Semejante a lo que fue la Ley para la protección de los derechos de los niños y adolescentes publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo del año 2000, vamos encontrar que para el Distrito Federal, en la gaceta oficial del Distrito Federal se publicó el 31 de enero de 2000, la Ley de las niñas, niños y adolescentes en el Distrito Federal.

Esta ley es de orden público, de interés social y de observancia general en todo el Distrito Federal y será aplicable básicamente a los niños y niñas que se encuentren radicados en el Distrito Federal.

Nos corresponde analizar los objetivos de la ley local:

- 1.- Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños.
- 2.- Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y de los niños.

3.- 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, previsión y participación para la promoción y vigencia de los derechos de los niños y de las niñas, 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 y 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.

Sin duda, el objetivo de las diversas acciones que se llevan a cabo para la protección de los niños, niñas y adolescentes, es evitar en principio el deterioro de sus condiciones de vida y frente a esto proporcionar servicios a quienes se encuentren en desventaja social.

Para lograr estos objetivos, se creó el Consejo Promotor de los Derechos de los niños y niñas en el Distrito Federal.

El artículo 25 de esta ley establece su creación al decir: “Se crea un Consejo Promotor de los derechos de niños y niñas en el Distrito Federal, como órgano honorario, de asesoría, apoyo y consulta del gobierno del Distrito Federal, así como de concertación entre los

sectores públicos, social y privado, teniendo por objeto promover, proponer y concertar acciones que favorezcan el pleno cumplimiento de sus derechos.”⁵⁵

Como consecuencia de lo anterior, se creó una oficina intersecretarial, en la que los jefes delegacionales, la misma Secretaría de Salud y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, entre otros, integran un consejo a través del cual se ofrece a los niños y niñas la posibilidad de asistencia social y en especial la jurídica, por medio de la cual podrán lograr que los derechos que parten del ordenamiento constitucional, puedan hacerse realidad, entre ellos la posibilidad de extraerlos del lugar o familia, para colocarlos en otro tipo de ambiente en donde queden asegurados sus derechos.

4.5 La ley de los jóvenes en el Distrito Federal

Otra legislación es la ley de las y los jóvenes en el Distrito Federal, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal el 25 de julio de 2000, de interés público y observancia general y tiene por objeto normar las medidas y acciones que contribuyan al desarrollo integral de las y los jóvenes en el Distrito Federal.

⁵⁵ *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*. México, Ed. Sista, pág 8.

De ahí que se han creado diversas instituciones, como son:

- 1.- El Instituto de la Juventud en el Distrito Federal
- 2.- El Consejo de dicho Instituto
- 3.- El Plan Estratégico Para el Desarrollo Integral de la Juventud en el Distrito Federal
- 4.- Fondo de Apoyo de Proyectos Juveniles en el Distrito Federal

Estas instituciones, en principio van a favorecer derechos tan importantes como el llevar una vida digna, el derecho al trabajo, a las experiencias laborales, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la sexualidad y reproducción, el derecho a la cultura, al deporte y a la recreación, así como el derecho a la reintegración social, el derecho a la plena participación social y política, el derecho a la información, el derecho a un ambiente sano, derechos humanos, el derecho a la protección para jóvenes discapacitados, y por supuesto el derecho y deber de todo joven de cumplir con nuestra Constitución Política, y todas las leyes que de ella puedan emanar.

Al crearse el Instituto de la Juventud en el Distrito Federal, se abre un centro que se especializa en la protección de los derechos de los jóvenes y que por supuesto puede llegar a representarlos ante diversas Instituciones que de alguna manera están relacionadas con los derechos de los jóvenes.

4.6 Análisis y funcionamiento del Consejo Local de Tutela

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal, se forma el Consejo Local de Tutela, del cual el artículo 631 del Código Civil cita lo siguiente: “En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutela compuesto por un presidente y dos vocales que durarán un año en su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por Jefes Delegacionales, en el mes de Enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección hacia los menores. Los miembros del consejo no cesarán en sus funciones aun cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente periodo.”⁵⁶

Las funciones del Consejo Local de Tutelas son las siguientes, dentro de las se encuentran las de vigilar e informar:

- 1.- Informar y remitir a las jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad, que por su actitud legal y moral pueden desempeñar un cargo de tutela.
- 2.- Velar porque los tutores cumplan con sus deberes.

⁵⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*, op. cit., pág.70.

- 3.- Avisar al juez de lo familiar cuando se tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro.
- 4.- Poner en conocimiento del juez de lo familiar qué incapacitados carecen de tutor.
- 5.- Cuidar con especialidad que los tutores cumplan con sus obligaciones.
- 6.- Vigilar el Registro de Tutelas.

De ahí la necesidad de que exista un Consejo de Tutelas, en el sentido de vigilar que dicha tutela se lleve a cabo en la forma y términos que la propia legislación establezca, siendo una fórmula adecuada a través de la cual se logrará efectividad en la tutela.

Así tenemos que los jueces de lo familiar serán las autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela, y se ejercerá una vigilancia sobre el conjunto de los actos de los tutores para impedir por cualquier medio la trasgresión a sus deberes.

Por otro lado, mientras se pueda nombrar un tutor, el juez de lo familiar dictará las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra por la falta de representatividad y pueda seguir gozando de sus derechos.

4.7 Propuestas para que se pueda tener una mayor efectividad en la aplicación de las leyes

Es importante aclarar que en el momento en que se realizaba este trabajo de tesis, sobrevino la publicación en el Diario Oficial de la Federación, de las diversas Reformas de la Custodia Compartida, que hemos citado en el inciso respectivo, razón por la cual una de las propuestas que como hipótesis se ha sustentado, tendrá que ser modificada.

Como consecuencia, la base principal de este estudio representa la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores, ya sea a partir de los padres separados o divorciados, o de los concubinos, o bien de los ascendientes tanto paternos como maternos, así como los tutores vigilados por el Consejo de Tutela, e incluso las custodias que se van dando de manera provisional o definitiva, en relación con los albergues o instituciones de protección hacia los diversos menores de edad.

Todas estas instituciones tienen el deber de preservar los derechos de los niños en una forma generalizada.

De ahí que este estudio considera importante el logro de una mayor y mejor posibilidad en la efectividad de la aplicación no solamente de la guarda y custodia, sino también del desarrollo integral de los menores de edad.

Así, antes de llevar a cabo alguna propuesta es importante establecer el concepto de la eficacia del derecho, que es uno de los conceptos principales en este trabajo de tesis.

Por eso mismo, citamos las palabras de la autora Leticia Bonifaz Alfonzo sobre lo que es el concepto de eficacia: “El concepto de eficacia está muy ligado con el concepto de validez. La teoría del derecho ha analizado por separado estos conceptos tratando de delimitarlos, además ha tratado de establecer sus relaciones; la importancia de la relación entre eficacia y validez y la dificultad para establecerla ha sido comentada por diversos autores. Kelsen considera que es uno de los problemas más importantes y más difíciles de una teoría positivista del derecho; la llama el problema fundamental de la naturaleza del derecho; la cuestión de la obligatoriedad o de la validez de la norma es sumamente escabrosa y refleja invariablemente la eficacia en su aplicación.”⁵⁷

Una cosa es que la norma sea eficiente, en relación a que tiene una redacción que se entienda y que plantee el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, y otra cosa es que en la práctica, cuando se va a aplicar la norma ésta pueda hacerse efectiva. La efectividad se refiere básicamente a la aplicación, y la eficiencia se refiere más bien a la norma y su vigencia.

Así mismo, consideramos fundamentalmente la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia en relación a la eficacia de la

⁵⁷ Bonifaz Alfonzo, Leticia. *El Problema de la Eficacia en el Derecho*. México, Ed. Porrúa, pág. 11.

misma, esto es, en relación a su aplicabilidad práctica, razón por la cual, al establecer algunas propuestas para darle una mayor efectividad, básicamente podemos proponer las siguientes:

1.- Que se dé mayor autoridad al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, para que se encargue de supervisar la Guarda y Custodia, así como el ejercicio de la patria potestad y en el caso de que se cerciore de que no se está llevando adecuadamente se sancione penalmente a los progenitores o en su caso a quien tenga la custodia de los menores.

Claro está, que como hemos analizado, tanto la ley de las niñas y los niños como la de los jóvenes, van creando Institutos supervisores de la eficacia directa del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos.

Ahora bien, lo que está pasando en la realidad, es que los niños siguen siendo maltratados, golpeados, tratados indignamente, explotados y abusados en sus derechos, ya que nos podemos dar cuenta del sin número de menores que se encuentran en las calles sin ir a la escuela, privándolos del derecho a la educación; bajo estas circunstancias es preciso que se establezca una Institución lo suficientemente eficaz para poder lograr la protección y el resguardo de los menores.

El artículo 4 constitucional establece garantías, y con base en éstas se crean Instituciones como el Consejo de Tutelas; asimismo con base en las nuevas legislaciones sobre los niños y las niñas en el Distrito Federal y sobre los Jóvenes se han creado diversos institutos e incluso desde el

punto de vista penal, tenemos la protección que el Agente del Ministerio Público otorga a los infantes, por lo que podemos decir que realmente el derecho está puesto para que esta protección sea eficaz.

De ahí que el mismo Código Penal establece delitos por abandono de persona, así como la omisión de cuidado, tratándose de menores de edad.

Por lo anterior, es preciso considerar que el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), sería la mejor Institución para concentrar la labor de cada uno de esos Institutos y obligar a la sociedad en general a denunciar todos y cada uno de los casos de violencia familiar y de la falta de guarda y custodia de que tengan conocimiento, ya que en la actualidad el DIF sólo tiene ingerencia en el cuidado y protección de los menores, pero no tiene la facultad para sancionar a quienes transgreden la integridad de los menores de edad.

Tal vez desde el mismo plano constitucional, se pudieran fijar las reglas a través de las cuales esta obligatoriedad de denuncia fuera un hecho.

Una de mis propuestas sería reformar el artículo 4 constitucional, agregando al final un párrafo que citara: “La ciudadanía en general está obligada a reportar al Sistema para el Desarrollo Integral de la familia, cualquier información o sospecha de maltrato familiar, violencia o cualquier circunstancia que afecte la obligatoriedad en el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad.”

Como consecuencia de esta propuesta, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia podría tener facultades para intervenir tanto en el Consejo de Tutelas, como en los diversos Institutos e Instituciones que se van formando a partir de las legislaciones sobre los niños, las niñas y los adolescentes, así como los jóvenes, pudiéndose lograr una mejor y mayor posibilidad de protección en el ejercicio de la custodia y por supuesto de la guarda de los menores de edad, si llegado el momento la ciudadanía, al tener la sospecha de que hay una afectación a los intereses de los menores de edad, podría llevar a cabo la denuncia respectiva ante el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, y dicho sistema, una vez que tenga las facultades necesarias para intervenir, podrá coordinarse y lograr con esto una mayor y mejor efectividad en diversas normas protectoras de los menores de edad y de las obligaciones de los tutores o quienes ejercen la patria potestad en el cumplimiento de la guarda y custodia.

CONCLUSIONES

1.- A través de este trabajo se resalta cómo ha ido evolucionando el cumplimiento de la guarda y custodia de los menores de edad, gracias a las nuevas leyes que se han ido implementando, pero el desarrollo de este concepto ha sido tal, que ahora los menores de edad son intocables y cualquier persona que ejerce guarda y custodia sobre de ellos, tiene la obligación de preservar los derechos de los niños y garantizar el sano esparcimiento en su desarrollo integral.

2.- El vínculo de patria potestad aparece suficientemente en lo que sería la llamada filiación; ésta da diversos derechos a la persona, como el llevar un nombre y un apellido, y derechos de herencia a través de los cuales puede suceder a los padres o a sus progenitores.

3.- En el momento en que un menor de edad no tiene un representante legal o bien siendo mayor de edad está incapacitado para ejercer personalmente sus derechos, se requiere nombrarle un tutor para que lo pueda representar.

4.- En los casos de cualquier menor de edad, debido a su incapacidad de discernimiento y su falta de experiencia, quien tiene la guarda y custodia del menor está obligado a cumplirla fielmente.

5.- Cómo es posible que a pesar de que la legislación trata de proteger a los menores de edad en contra de cualquier abuso o maltrato a su

persona a través de la garantía individual, los Códigos Civiles, los mismos Códigos Penales, en donde se establecen delitos de abandono, maltrato, así como las mismas leyes de violencia familiar, el mismo Consejo de Tutelas, así como el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, y las diversas legislaciones de protección de los niños y las niñas, los Institutos de la Juventud y albergues y demás centros de atención a la niñez, todavía sigamos enfrentando el maltrato infantil, el abandono y por supuesto el fenómeno de los niños de la calle.

6.- Hemos propuesto en el último inciso de este trabajo una reforma constitucional, a través de la cual se trata de garantizar el compromiso que todos y cada de los ciudadanos debemos tener para denunciar cualquier sospecha por incumplimiento de las obligaciones que la ley establece para los que tienen la guarda y custodia de los menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

Arias, José. Derecho de familia. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 12 ed, 2002.

Arriaron, Samuel. La educación conforme a valores. México, Universidad Pedagógica Nacional, 2 ed, 2003.

Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Baz, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. México, Ed. Oxford, 4 ed, 2001.

Baqueiro Rojas, Edgar. Derecho Civil. México, Ed. Oxford, 1 ed, 2002.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. México, Ed. Oxford, 5 ed, 2003.

Berge, André. La libertad en la educación. Buenos Aires, Argentina, Ed. Capeluz, 3 ed, 2003.

Bonnecase, Julián. Tratado elemental de Derecho Civil. México, Ed. Oxford, 9 ed, 2000.

Bonifaz Alfonso, Leticia. El problema de la eficacia en el derecho. México, Ed. Porrúa, 3 ed, 2000.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. México, Ed. Porrúa, 37 ed, 2001.

Casares Arrangoiz, David. Líderes y educadores. México, Ed. Universidad del Valle de México, Fondo de Cultura Económica, 4 ed, 2000.

Cervantes, Manuel. La personalidad jurídica. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 10 ed, 2002.

Chávez Ascencio, Manuel. La familia en el derecho y las relaciones jurídico paterno filiales. México, Ed. Porrúa, 4 ed, 2002.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina, Ed. Bibliográfica Argentina, tomo 21.

Escrilche, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. México, Cárdenas Editores, 3 ed, 1999, tomo II.

Fontana, David. La disciplina. *México*, Ed. Santillana, 5 ed, 2002.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. México. Ed. Porrúa, 15 ed, 2001.

Güitrón Fuentesvilla, Julián. Naturaleza jurídica y autonomía del derecho de familia, dentro de Estudios Jurídicos, que en homenaje a Antonio Aznark, presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil. México, UNAM, 3 ed, 2001.

La Cruz Berdejo, José Luis. Derecho de familia. Barcelona, España, Ed. Bosch, 3 ed, 2000.

Lara Vázquez, Carlos. Revista Escrava del Colegio de Notarios del Estado de México. año 3, número 5, primavera de 2005.

Orizaba Monroy, Salvador. Nociones de Derecho Civil. México, Ed. Sista, 2 ed, 2004.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Representación, poder y mandato. México, Ed. Porrúa, 11 ed, 2001.

Pina, Rafael de. Derecho Civil. México, Ed. Porrúa, 21 ed, 2000.

Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. *Mexicano*, esta es tu Constitución. México, Ed. Porrúa, 15 ed, 2001.

Zannoni, Eduardo. Derecho de familia. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 3 ed, 2002.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, ed. 2005.

Jurisprudencia visible en Arratíbel Salas Luis Gustavo, Huder Olea, Francisco José, Código Civil para el Distrito Federal comentado, y *con Tesis Jurisprudencial*, México, Ed. Sista, 1 ed, 2004.

Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, México, ed. sista.

Ley de las y los jóvenes en el Distrito Federal, México, Ed. Sista.

APÉNDICE

Convención sobre los derechos del niño adoptada en la ciudad de Nueva York, N.Y.

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias.