

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA  
PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA  
GUARDA Y CUSTODIA**

**TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
SUSTENTA  
ALEJANDRA FLORES RODRÍGUEZ**

**ASESOR DE TESIS:  
LIC. BERNABÉ MORALES HENESTROSA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA 2007**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

# DEDICATORIAS

## **DIOS**

Que me dio la oportunidad de estar con mis seres más queridos, y que nunca me ha dejado de su mano, en cada instante por más difícil que sean ciertos momentos me seguías dando esa fuerza, paz y tranquilidad con solo entrar en comunión contigo.

## **LA VIDA**

Gracias por permitirme nuevamente tener lo mas querido una vez más conmigo.

## **PAPÁ**

Porque no hay palabras que puedan plasmarse en una hoja corta, mil gracias simplemente por ser mi padre, enseñarme valores, a trabajar y cada palabra tuya no solo va grabada en mi ser también en mis hijos tu semilla esta. Eres mi ejemplo y mi orgullo con quien aprendí las primeras bases del derecho aun siendo una niña tus pláticas quedaban en mí y crecí admirándote día con día.

## **MAMÁ**

Gracias por tu apoyo e impulsarme en todo momento a seguir adelante y sobre todo por tu ayuda con mis hijos, con tu forma de ser lograste que me hiciera de un carácter fuerte descubriendo que no hay imposibles y todo se puede.

## **HERMANO**

Agradezco tus cuidados cuando éramos pequeños, mi compañero inseparable, juegos , diversión siempre juntos con diferentes formas de ser y de pensar pero el gran amor de hermanos nos mantenía siempre juntos, gracias por tu apoyo y ayuda incondicional, no importa que tan diferentes seamos en nuestra forma de ser, la sangre y otras cosas más siempre nos unirán.

## **PARA MIS HIJOS:**

### **DANIELA**

Gracias por tu madurez y seriedad aún siendo pequeña entendías cada plática, siempre me ha servido mucho tu forma de ser pues me haces madurar y aprender mucho de ti.

### **EDUARDO**

Tu sonrisa y travesuras me hacen olvidar el cansancio del día y seguir adelante, sabiendo que cuento contigo en todo, darme cuenta de la madurez adquirida por el tiempo me haces crecer a mí también.

**LIC. BERNABÉ HENESTROSA MORALES I RAMÍREZ**

Le agradezco tanto su amistad apoyo y comprenderme desde un principio el tema a desarrollar y plasmar cada idea que comentábamos, desveladas y ricas tazas de café.

**CONSEJERA MAGISTRADA ELVIA DÍAZ DE LEÓN DE HERS**

Una gran mujer a quien admiro mucho no solo por su trayectoria y capacidad intelectual, el gran ser humano que es y el ayudar siempre con justicia a todo aquel que la rodea no son solo palabras es realmente lo que usted es para mí y estoy infinitamente agradecida por sus atenciones pláticas cortas pero de gran contenido, mi mejor ejemplo a seguir en este camino del derecho.

**UNAM**

Una hermosa Facultad de Derecho, que no se puede describir de quien me enamore y siempre soñé con integrarme y me recibió con los brazos abiertos una gran madre que espera solo dar conocimiento a sus hijos y a quien deseo retribuirle lo que me ha dado, con trabajo, y siguiendo un camino de honestidad.

**JUAN CARLOS**

Simplemente gracias por todo este tiempo, tu compañía comprensión, amor, cariño y toda la paciencia que me haz tenido siempre, el estar a tu lado creciendo como persona y saber que estas junto apoyándome en cada momento; con sabios consejos.

## **A CADA UNO DE MIS AMIGOS**

No terminaría de nombrar a cada uno de ustedes pero los llevé en mi corazón agradezco no solo sus buenos consejos, y el que siempre creyeron en mi sueño su apoyo, amor, cariño, y compañía en cada etapa de mi vida siempre estarán el tiempo no podrá borrar esos instantes vividos en los diferentes roles de mi vida.

## **ALE**

Una amistad de tantos años que se convierten en una vida, te quiero mucho y todo el tiempo que me has dado como amiga y compañera agradezco tus sabios consejos gracias, por escucharme y estar conmigo no solo en los momentos buenos también en esos que no parecían terminar.

## **A MIS SERES QUERIDOS QUE YA NO ESTÁN CONMIGO**

Se que me ven y que me hubiera gustado compartir no solo estos momentos con Fernando Hernández Reyes, Marco Antonio Rodríguez Guzmán y mi tía Toña, pero su amistad y lo que compartimos siempre lo recordaré y agradezco su cariño el que siempre me motivaran para seguir sin parar.

## **EL AMOR**

Siempre deben de hacerse las cosas con amor, para que nos salgan bien pues le vamos tomando cariño a lo que realizamos y esto nos motiva día con día, creo en el amor que se da desinteresadamente y que siempre permanece y crece no solo en los seres humanos entre sí, también en los sueños que se vuelven realidad gracias a esa magia y las tormentas pasan más pronto si tenemos un pensamiento positivo para uno mismo lo transmitimos a los demás.

Gracias por tu apoyo incondicional, entender mi carácter, vivir mis diferentes etapas escucharme y enseñarme lo desconocido poniéndonos a leer, y descifrar mis inquietudes siempre serás una persona muy especial para mí, tu amor y comprensión han sido uno de mis mejores motores que no dejan de impulsarme, y madurar junto a ti gracias por estos años de felicidad.

# **VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

## **ÍNDICE**

	<b>PÁGINA</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD</b>	
1.1 CONCEPTO	1
1.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN.	39
1.3 EFECTOS.	56
1.4 FORMAS DE EXTINGUIRSE.	74
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
<b>ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA</b>	
2.1 CONCEPTO.	82
2.2 SUJETOS.	88
2.3 EFECTOS.	90
2.4 FORMAS DE EXTINGUIRLOS.	91
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA</b>	
3.1 DE LA PATRIA POTESTAD.	93
3. 2 DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	96
3.3 VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE PATRIA POTESTAD.	98
3.4 VERDADERA NATURALEZA DE GUARDA Y CUSTODIA.	99
3.5 PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL CÓDIGO VIGENTE.	100
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>110</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>119</b>



# INTRODUCCIÓN

En nuestra opinión creemos es necesario, que tanto la figura de la Patria Potestad como de la Guarda y custodia, queden bien definidas y diferenciadas una de la otra, principalmente en sus efectos, todo ello en beneficio y en interés superior de los menores de edad.

Así las cosas el presente trabajo se divide de la siguiente manera:

En el primer capítulo trato los aspectos generales de la patria potestad, su concepto, los sujetos que intervienen, sus efectos y las formas de extinguirse, conforme al Código Civil.

En el segundo capítulo se estudia los aspectos generales de la guarda y custodia e igualmente se tratan los aspectos relacionados con su concepto, los sujetos, sus efectos y las formas en que se extinguen.

En este caso quiero manifestar que casi siempre, por nuestra legislación se confunde los efectos, por la sencilla razón de que quienes generalmente ejercen la patria potestad y la guarda y custodia, son los propios ascendientes, es decir ambas funciones recaen en estos.

En el tercer capítulo, se trata de los efectos de ambas figuras, dando alguna distinciones de ellas, y por supuesto a mi leal saber y entender la verdadera naturaleza tanto de la patria potestad como de la guarda y custodia.

Así mismo hacemos las propuestas que consideramos necesarias para modificar el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Por lo tanto, esperamos cumplir con este trabajo recepcional, la expectativa de todos y cada uno de mis maestros a los cuales les debo la inquietud de esta tesis.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD**

#### **1.1.- CONCEPTO.**

Como ya hemos mencionado en la introducción de este trabajo, el tema a tratar es la verdadera naturaleza de la Patria Potestad y su diferencia con la Guarda y Custodia, en consecuencia es evidente que en estas figuras intervienen personas físicas, así pues tenemos que la palabra persona deriva del etrusco "*pehersu*", que en latín se puede definir como mascara, persona de teatro; esto es, los diferentes papeles que el hombre desempeña en la sociedad, como puede ser el padre, la madre, los hijos, hermanos, tribunos, senadores, etc.

También podemos decir que persona es todo ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

Esta definición contempla dos tipos de personas, aquellas con plena capacidad de goce y de ejercicio y aquellas que solo tienen capacidad de goce.

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, al igual que en el Derecho Romano, considera que al simplemente concebido tiene derechos y obligaciones, siempre y cuando nazca vivo y viable, siendo ésta una excepción a la regla general, toda vez que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En consecuencia todo infante tendrá siempre capacidad de goce, no así de ejercicio, ésto es aún siendo menor de edad podrá tener derecho y obligaciones, sin embargo éstas serán ejercidas por sus padres o representantes legales, hasta en tanto no cumpla la mayoría de edad, o se emancipe.

En el Derecho Romano, pocas personas tenían plena capacidad de goce y de ejercicio, ya sea porque no eran libres, no tener el estatus de ciudadano romano, o por estar sometidos a la Potestad paterna. Y toda persona que era ciudadana romana, debía pertenecer a una familia, al respecto el maestro Agustín Bravo Valdez, expone:<sup>1</sup>

*"Hay un fragmento de Ulpiano en el digesto donde se indican las diversas acepciones de la palabra familia y ahí se dice que las doce tablas la aplican al conjunto del patrimonio; también se aplica al conjunto de los esclavos que pertenencia a un mismo amo, en el mismo fragmento se llama paterfamilias a aquel que tiene el señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijos; por lo que la familia puede definirse como el conjunto de personas que están bajo la Potestad de otro. Cada familia a su vez pertenecía a un "gens".*

Por su parte en el Derecho Positivo Mexicano, la Patria Potestad se encuentra regulada en los artículos que corren del 411, al 448 del Código

---

<sup>1</sup> Bravo Valdez, Beatriz y Bravo González Agustín. "Primer Curso Derecho Romano", Editorial Pax-México. Décima Tercera Edición. México 1983. p. 119.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Civil Vigente para el Distrito Federal. Y a pesar de que la Patria Potestad está regulada en nuestro Derecho Positivo Mexicano no encontramos definición alguna sobre la misma.

Los autores y tratadistas se han encargado de darnos algunos conceptos:

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la Patria Potestad como:<sup>2</sup>

*"Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes "*

El autor Galindo Grañas a su vez expresa:<sup>3</sup>

*La Patria Potestad toma su origen de la filiación. Es una obligación establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o Civil)"*

---

<sup>2</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo p-z. 14ª ed. Editorial Porrúa. México 2000. p. 2553.

<sup>3</sup> Galindo Grañas, Ignacio. "Primer Curso de Derecho Civil". Parte General. "Personas, Familia". 12ª ed. Editorial. Porrúa. México 1993. p. 669.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Por su parte Alberto Pacheco Escobedo la define de la siguiente manera:<sup>4</sup>

*"La Patria Potestad es la Potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados, referidos a la educación, representación y administración del patrimonio de los mismos. Así, entendida la Patria Potestad, es el conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y educarlos".*

Para Rafael de Pina la Patria Potestad es:<sup>5</sup>

*"El conjunto de las facultades, que suponen también deberes conferidos a quienes la ejercen, en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvarlos en la medida necesaria"*

José María Álvarez, la Patria Potestad la conceptúa como:<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. "La Persona en el Derecho Civil Mexicano". ed. Panorama. México 1991.p. 145.

<sup>5</sup> De Pina, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano" Tomo I, Capítulo VI. Ed. Porrúa. México 2000. p. 375.

<sup>6</sup> Álvarez, José María. "Institución de Derecho Real de Castilla y de Indias". México, UNAM 1982, Tomo I. p. 110.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"Aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el Civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados"*

Edgard Baqueiro Rojas, por su parte nos dice que la Patria Potestad es:<sup>7</sup>

*"Un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes... De aquí que debemos entender como Patria Potestad, el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo."*

De las anteriores definiciones se desprende que la Patria Potestad responde a la obligación natural de los padres de suministrarle a su prole todo lo necesario para su supervivencia incluyendo educación hijos así como la necesidad natural que tiene el hijo, de ser protegido por sus padres mientras no pueda valerse por sí mismo.

Es una Institución que se deriva directamente del Derecho Natural, que se traduce en la manifestación dentro del Derecho Positivo, de esas

---

<sup>7</sup> Baqueiro Rojas, Edgar. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 1990. p. 227.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

obligaciones que tienen los padres con sus hijos, y a "*contrario sensu*", es la obligación que tienen los hijos de respetar y obedecer a sus padres. Al efecto el artículo 411 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, exponen:

*"Artículo 411.- En la relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición."*

Ahora bien la principal obligación de los padres para con sus hijos, es la de proporcionarles alimentos, entendidos éstos en forma jurídica, no coloquialmente el artículo 308, del ordenamiento en cita, nos explica:

*"Los alimentos comprenden;*

*I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria, y en su caso, los gastos de embarazo y parto;*

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

Concluimos que es el derecho que tiene el hijo antes de haber alcanzado la capacidad legal, de estar bajo el cuidado de sus padres



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

La obligación de los padres de educar ellos mismos a sus hijos, la ley la ha reconocido como la idónea, siempre y cuando la educación que pretendan dar a los hijos no vaya en contra de la naturaleza, o de la dignidad propia de toda persona humana, pues la obligación de educar se establece en bien del hijo no en su perjuicio.

La Patria Potestad es una Institución que regula las obligaciones y derechos que tienen los padres respecto de la persona y los bienes de sus menores hijos no emancipados, para criarlos, educarlos, representarlos y administrar sus bienes mientras dure su minoría de edad.

En relación a la edad en sentido jurídico, es aquella cantidad de años que el derecho exige a la persona para que pueda realizar los actos que la ley estrictamente le autoriza; o bien, aquella cantidad de años que la ley estima como causa suficiente para exigir o aminorar la efectividad de las obligaciones de la persona a la que se hace referencia. Actualmente solo hay dos edades para el Derecho Positivo Mexicano. La minoría de edad y la mayoría de edad.

Antiguamente se consideraban diversas clases de minoría de edad, confiriendo a cada una de ellas una capacidad diferente, por ejemplo los romanos la clasificaban de la siguiente manera:

*"Infans:*

*Quien literalmente era alguien que todavía no sabía hablar correctamente, se les denominaba "alieni iuris" hasta la edad de siete años, éstos carecían de capacidad.*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*Impúber tatis proximus:*

*Según la escuela proculeyana y sabiniana era la edad del individuo de siete años, y así se le llamaba hasta el comienzo de la capacidad sexual, es decir hasta la edad de doce años para las mujeres y catorce para los varones, dentro de la misma podía realizar algunos actos siempre que le fueran beneficiosos y no debiesen contraprestación alguna.*

*Minor viginti quinque annis:*

*Se refiere a los jóvenes que están entre el comienzo de la pubertad y los*

*25 años que era cuando se le nombraba "sui iuris".<sup>8</sup>*

Aunque no de manera precisa en nuestro Derecho Positivo Mexicano podemos decir que existen diversas clases de edad dentro de la misma minoría de edad, tales como las referidas a:

La del recién nacido, tiene una capacidad de ejercicio nula, no así la capacidad de goce, por lo que todos los derechos del menor se harán valer por conducto de su representante legal, con algunas excepciones y más aún, el simple concebido, también tiene una capacidad de goce, pues puede

---

<sup>8</sup>Guillermo Floris, Margadant. "El Derecho Privado Romano". 26° ed. Ed. Esfinge. México 2001. p. 220.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

ser heredero o legatario, siempre que nazca vivo y viable, lo que se establece a "*contrario sensu*" en el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte el no nacido, según el artículo 2357 del ordenamiento antes referido, puede adquirir por donación, con tal de que haya estado concebido al tiempo de que aquella se hizo y que por supuesto nazca vivo y viable.

Antes de las reformas a nuestro Código Civil de Mayo de 2000, a la edad de 14 años a la mujer se le considera núbil, es decir es la edad promedio en que una mujer puede concebir y para los varones la edad es de 16 años, edad promedio cuando puede engendrar, en ambos casos, la ley con autorización expresa de los representantes legales, les permite contraer matrimonio, actualmente el párrafo segundo del artículo 148 del ordenamiento en cita considera la edad de 16 años tanto para hombres como para las mujeres, pudiendo en todo caso de acuerdo al tercer párrafo del artículo en mención si la mujer se encuentra en estado de gravidez se podrá dispensar el requisito de la edad hasta los 14 años.

La edad de 18 años cumplidos tanto en los varones como en la mujer de conformidad con el artículo 646 del Código Civil vigente, se adquiere la mayoría de edad, y en este supuesto se adquiere plenamente la capacidad de ejercicio, es decir las personas en estos casos pueden ejercer por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Partiendo del análisis anterior, se afirma que el menor de edad puede adquirir derechos y obligaciones desde su concepción, pues entra

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil (artículo 22 del Código Civil).

Rojina Villegas señala que la capacidad puede ser total o parcial, al respecto señala:<sup>9</sup>

*"La capacidad de goce es el atributo imprescriptible, puesto que aun cuando no tenga un individuo la capacidad de ejercicio puede haber personalidad" y continúa diciendo dicho autor que la capacidad de goce es: "la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones"*

Y si se suprime la misma, desaparece la personalidad pues impide la posibilidad de actuar.

Por su parte Kelsen concibe al sujeto como:<sup>10</sup>

*"Un centro de imputación de los derechos, obligaciones y actos jurídicos"*

Podemos dividir a la capacidad de goce de la siguiente manera:

Grado mínimo de la capacidad de goce.

---

<sup>9</sup> Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. México 2001. p. 432.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. "Teoría Pura Del Derecho". (Traducción Del Alemán Por Roberto J. Vernengo). Ed. Editorial Porrúa. México 1993. p. 143.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Se refiere al ser concebido pero no nacido, siempre que nazca vivo y viable y viva más de 24 horas desprendido del seno materno o antes si es presentado al registro Civil, así entonces gozará de derechos y obligaciones, tales como ser instituido heredero o legatario, y ser donatario.

En relación con esta capacidad, puede adquirir derechos personales, tales como derechos de crédito, por lo tanto la esfera jurídica del ser concebido es de índole patrimonial exclusivamente, aunque también se extiende a los derechos de acción y a las garantías individuales, la cual se integra por derechos subjetivos no valorizables en dinero.

El segundo grado se refiere a los menores de edad los cuales carecen de capacidad de ejercicio, pero tienen la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones, solo que algunos derechos subjetivos no pueden imputarse al menor y por lo tanto, carecen de capacidad de goce en cuanto a los mismos.

Los derechos patrimoniales sí pueden imputarse a los menores de edad, y por consiguiente tienen capacidad de goce para adquirirlos y para reportar las obligaciones relacionadas con esos derechos. En cambio en la esfera no patrimonial, el menor de edad tiene restricciones a su capacidad de goce ya que desde luego no tiene derechos políticos que se otorgan a ciudadanos mayores de edad. Por ejemplo, el derecho de acción y de petición, pues aun cuando tienen la titularidad de éstos, no los pueden hacer valer por sí mismos.

Como ya se dijo, tanto el varón como la mujer solo pueden contraer matrimonio hasta que tengan 16 años cumplidos.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Sin embargo, cabe aclarar que el menor por el solo hecho de ser persona tiene capacidad de goce, puesto que son derechos intrínsecos del ser humano, con respecto a los derechos privados subjetivos como la Patria Potestad, si pueden ser imputados al menor de edad en relación con sus hijos; hay que precisar en relación con éstos que los menores que conciban a un hijo deben ejercitar dicha Potestad sobre éste, y en lugar de limitar la edad del menor para reconocer a un hijo el legislador debió considerar la posibilidad de que los abuelos auxilién al nuevo padre, lo anterior tomando en cuenta que el progenitor tiene la obligación de reconocer a su hijo, toda vez que él es el sujeto idóneo para ejercer la Patria Potestad, ya que ésta es, además irrenunciable.

En ese sentido, Luis Muñoz, refiere los actos que los menores de edad pueden realizar ya sea por sí mismos o por conducto de sus representantes, de los cuales destacan:<sup>11</sup>

*A) Que al Contraer matrimonio, hay que señalar que se requieren la edad mínima exigida por la ley, y el consentimiento de quienes ejercen la Patria Potestad; de la persona bajo cuya tutela se encuentren o de la dispensa otorgada por un Juez de lo familiar o del Jefe del Departamento del Distrito Federal (artículo 148.).*

El artículo fue modificado el 13 de Enero de 2004, quedando solamente que el juez de lo familiar, será quien otorgue la dispensa, a los mayores de 16 años, y en su caso a la mujer que se encuentre en estado de gravidez, siempre y cuando sea mayor de 14 años.

---

<sup>11</sup> Muñoz, "Luis. Derecho Civil Mexicano". Ed. Ediciones Morelos. México 1988. p. 241.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*b) Pedir los cónyuges la nulidad del matrimonio, pero cabe aclarar que en el supuesto de que tengan estos menores una edad inferior a la exigida por la ley, pero han procreado un hijo, dejará de ser causa de nulidad la minoría de edad de cualquiera de ellos, asimismo si la persona que se encontraba en este supuesto ha alcanzado los 18 años después de celebrado el matrimonio y ninguno de los dos hubiese intentado dicha acción por esta causa, ya no procederá la misma por minoría de edad de alguno de ellos (artículo 236 y 237).*

*c) Reconocer a un hijo, cumpliendo con dos requisitos, a saber, el consentimiento de quien ejerce sobre el menor de edad la Patria Potestad, del tutor o de autorización judicial, y que tenga el menor la edad exigida para contraer matrimonio más la del hijo que va a ser reconocido, a mi parecer, es importante señalar que el Código Civil únicamente debería exigir la edad para contraer matrimonio, toda vez que un menor con una edad inferior a la señalada puede concebir perfectamente y no por esta razón, la ley debe exigir que se case para que su hijo sea considerado con filiación cierta, puesto que un sujeto que se encuentre en este supuesto puede desear reconocer a un hijo con el objeto de hacerse responsable del mismo sin necesidad de casarse,*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*posibilidad que la ley actualmente no le otorga, si no cumple con el requisito de la edad.*

*d) Solicitar cuando tenga 14 años cumplidos al juez, que tome las medidas establecidas en la ley en contra de quien ejerce la Patria Potestad sobre él, por la mala administración de sus bienes para evitar que se derrochen o disminuyan. (Art. 441).*

Entre los actos del reconocimiento de un hijo. Conforme a la Ley, la adopción de menores de edad que tengan 14 años, éste debe otorgar su consentimiento para que se realice la misma.

Y con respecto a los actos en que la ley admite la intervención del menor, tenemos que respecto a la tutela legítima, si el menor tiene cumplidos 16 años, él elegirá a su tutor, cuando existan parientes del mismo grado; también, el menor de edad de 14 años puede designar su tutor dativo, además, cuando éste no está sujeto a tutela testamentaria o legítima aun cuando no tenga bienes puede solicitar el nombramiento de su tutor dativo; cuando el menor sea capaz de discernir y mayor de 16 años se le consultara respecto de los actos importantes de la administración de sus bienes. Además, al pupilo le corresponde la administración de los bienes que adquirió por su trabajo, el menor puede nombrar tutor testamentario según el artículo 472; y el menor que tenga 16 años, puede pedir al juez la rendición de cuentas de



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

la tutela, cuando existan causas graves, y no puede dispensar al tutor de la obligación de cuentas.

En relación con los actos que tiene la posibilidad de realizar el menor de edad, también se pueden señalar los siguientes:

*"No obstante la regla general en el sentido de que los actos jurídicos celebrados por un menor están afectados de nulidad, ésta no podrá ser alegada por éste si fuera perito en la materia del acto otorgado o si hubiere presentado certificados falsos del registro Civil, respecto de su nacimiento para hacerse pasar por mayor de edad o si hubiese manifestado serlo (Art. 639 y 640).*

*"Los actos celebrados por un menor por los que hubiese adquirido deudas para proporcionarse alimentos en ausencia de su representante legal, son plenamente validos, no obstante su incapacidad (Art. 2392)".<sup>12</sup>*

Además de los actos jurídicos antes señalados, nuestro Derecho Positivo Mexicano, de hecho, admite que un menor de edad pueda realizar

---

<sup>12</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil". Ed. Editorial Porrúa. México 1994. p. 182.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

determinados actos jurídicos, a pesar de que no tiene la capacidad jurídica necesaria para efectuarlos, y aun cuando en esencia, no tienen validez, si surten sus efectos jurídicos, por ejemplo en las actividades que habitualmente son efectuadas por los menores en esta ciudad como la compra-venta de productos realizadas en tiendas y en autoservicios, o el contrato de transporte público (taxis, microbuses, metro, etc).

O bien, en ciertos casos como en la Ley de Salud, se prohíbe a los menores de edad comprar bebidas alcohólicas y tabaco, lo que quiere decir a contrario sensu, que esta ley, le permite al menor adquirir cualquier otro producto.

De lo anterior, se desprende que el menor puede realizar diversos actos jurídicos por sí mismo y cuando se requiera de la plena capacidad jurídica para la celebración de éstos, éste actuará por medio de su representante legal.

En relación con la capacidad de goce del menor existen restricciones, es decir que no pueden ser titulares o ejercer determinados derechos por sí mismos a lo cual la ley le denomina incapacidades, las cuales están perfectamente señaladas en las leyes, y entre otras tenemos las siguientes:

A).- Capacidad para celebrar matrimonio, del cual se carece antes de los 16 años tanto para el varón, como para la mujer, y solo en casos de que la mujer se encuentre en estado de gravidez, el juez de lo familiar podrá otorgar la dispensa correspondiente, pero nunca a mujeres menores de 14 años. (Art. 148 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

B).- Derecho para adoptar que solo se adquiere hasta la edad de 25 años (Art. 390 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

C).- Derecho para ser tutor, solo pueden serlo los mayores de edad (Art. 503 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

D).- Derecho para reconocer a un hijo nacido fuera de matrimonio, que se adquiere al cumplir la edad mínima requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que se reconozca, hay que señalar que en este supuesto el menor de edad varón debe tener 16 años más nueve meses que es el tiempo que tarda la gestación del hijo en el vientre materno, por lo cual debe tener como mínimo aproximadamente 17 años. En el caso de la mujer ésta no tiene derecho a desconocer a su hijo, toda vez que la maternidad es un acto biológico palpable y la maternidad se desprende del solo hecho del parto.

E).- Posibilidad para atribuir la maternidad o paternidad, la cual solo puede imputarse a la mujer desde el momento en que tiene la posibilidad de concebir y el varón a los 16 años.

F).- El menor de edad que ha cumplido 16 años, tiene capacidad para hacer testamento (Art. 1306 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

Concluimos que, el menor de edad no tiene capacidad de ejercicio salvo en ciertas excepciones.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En relación a la capacidad de ejercicio del menor de edad, Rojina Villegas nos dice:<sup>13</sup>

*"La aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir de hacerlo personalmente".*

El menor tiene la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, sin embargo, no tiene capacidad de ejercicio por lo que requiere de su representante legal.

Sobre el particular el maestro Rojina Villegas señala:<sup>14</sup>

*"La incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de que un representante sea quién haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos".*

En relación con este tema hay que señalar que la representación es una "*institución auxiliar*", para el menor de edad, toda vez que por su incapacidad de ejercicio, no tiene la aptitud de hacer valer directamente sus derechos, celebrar actos jurídicos, comparecer en juicio o cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>13</sup> Rojinas Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 445.

<sup>14</sup> Idem.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

El representante, debe actuar en nombre y por cuenta del menor de edad y las consecuencias jurídicas de los actos realizados por el primero afectaran la esfera jurídica del segundo.

Rafael Rojina Villegas al hacer referencia a la incapacidad de ejercicio del menor de edad la divide en grados, señalando los siguientes:<sup>15</sup>

*"A).- El primer grado de incapacidad de ejercicio, se refiere al ser concebido, el cual será representado por la madre, el padre o ambos.*

*B).- El segundo grado se inicia con el nacimiento y termina con la emancipación y respecto a éstos, cabe mencionar que como hay incapacidad total de ejercicio no puede hacer valer sus derechos y acciones, por lo que necesitan de un representante legal para contratar y comparecer en juicio, sin embargo el menor tiene una semi-capacidad de ejercicio, para ciertos actos familiares, en relación con los bienes que adquiera por su trabajo (Art. 23 de la Ley Federal del Trabajo)".*

En relación con los bienes del menor, los mismos se clasifican en dos:

*"1).- Bienes que adquiere el menor por cualquier título distinto a su trabajo.*

---

<sup>15</sup> Idem.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

2).- *Bienes que el menor adquiere en virtud de su trabajo.*

C).- *Los menores emancipados son considerados otro grado de la incapacidad de ejercicio, pues tienen la posibilidad de realizar los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante, pueden también ejecutar actos de dominio relacionado con sus bienes muebles, y requerirán de tutor para negocios judiciales, por lo que adquieren con la emancipación una semi-capacidad de ejercicio.*

D).- *El cuarto y último grado de incapacidad de ejercicio corresponde a los mayores de edad, privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas”<sup>16</sup>*

El autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, <sup>17</sup>hace referencia a cinco reglas respecto a los actos factibles de realizarse por un menor de edad no emancipado, en relación con los bienes de su propiedad.

*“1).- Los bienes propiedad de un menor de edad pueden haber sido adquiridos por él, bien sea por su trabajo o por cualquier otro título.*

---

<sup>16</sup> Idem

<sup>17</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. P. 182.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

2).- *El menor no puede realizar acto jurídico alguno, ni siquiera de administración, respecto de los bienes por él adquiridos por medios diversos de su trabajo, pues como lo establece el artículo 430 de los indicados, si bien esos bienes pertenecen al menor, la administración corresponde a quien sobre él ejerce la Patria Potestad. Lo mismo puede decirse del tutor según lo indica el artículo 537 en el primer párrafo de su fracción IV.*

3).- *En cambio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 429 de nuestro ordenamiento Civil, el menor de edad, así esté sujeto a Patria Potestad, tendrá la administración de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo. Hay un dispositivo igual a propósito de los menores sujetos a tutela, pues como el artículo 537 del Código Civil lo señala (segundo párrafo de su fracción cuarta) la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo, le corresponde a él y no al tutor”.*

4).- *Los actos de dominio, por su parte no pueden ser objeto de otorgamiento personal por el menor, es decir en todo caso deberán otorgarse por sus representantes legales, ascendientes (artículo 430 y siguientes) o tutor (art 561 y siguientes).*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*5).- Asimismo, quién tenga la Patria Potestad y el tutor en su caso, tienen la representación del menor en juicio. Por ello, éste no puede comparecer a tribunales por su propio derecho, así lo indican los artículos 427 y 537 fracción v de nuestro Código Civil”.*

Con respecto a la mayoría de edad que “en los pueblos antiguos” – dice José Castan<sup>18</sup> se determino generalmente por el desenvolvimiento físico (aparición de la pubertad). Pero los pueblos modernos tienden, por el contrario a hacerla coincidir con el desenvolvimiento mental:

*“El número de años que deben transcurrir para determinar la mayoría de edad no se fija por concesión caprichosa del legislador, sino que se funda en la conclusión de la experiencia confirmada por la ciencia, de cuando con la cual el ser humano a una edad determinada, según las circunstancias de tiempos y lugares, adquiere el estado de, madurez mental y física que él permite gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes”.*

Entonces para establecer el límite que separa la minoría y la mayoría de edad, se han tomado en cuenta tradicionalmente dos criterios:

1).- El que se determina por la aptitud intelectual, en el Código de Napoleón se recogió este criterio y en virtud del mismo se estableció la mayoría de edad a los 21 años.

---

<sup>18</sup> Castan Tobeñas, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. 15º ed. Tomo I, Volumen Segundo. Ed. Instituto Editorial Reus. España 1994. p. 131.



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Por su parte el Código Español, estableció la mayoría de edad a los 23 años, sin embargo por decreto de reforma al artículo 320, de fecha 13 de Diciembre de 1943, en la actualidad la mayoría de edad se alcanza a los 21 años.

2.- El que lo hace por el desarrollo físico del individuo, y que fue adoptado en el Derecho Romano, para señalar el comienzo de la mayoría de edad a los 25 años.

Cuando una persona física llega a su mayoría de edad, el efecto no solo es la declaración de la misma o que adquiera un cúmulo de facultades, si no que además debe enfrentarse a nuevas obligaciones, es decir su esfera jurídica se amplía, toda vez que en ese momento puede ejercer por sí mismo todos los derechos y cumplir con sus obligaciones.

A gama de referencia sobre el tema, podemos señalar que la mayoría de edad en Suiza se alcanza a los 20 años, en Francia, Italia, Portugal, Alemania, Inglaterra, Suecia, Estados Unidos, Guatemala, Colombia se adquiere a los 21 años.

Los mayores de edad los define Rafael de Pina como:<sup>19</sup>

*"Las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad para obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio".*

---

<sup>19</sup> De Pina, Rafael. "Elementos De Derecho Civil Mexicano". Op. Cit. p.402.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Entonces la mayoría de edad confía a la persona física la plena capacidad de realizar cuantos actos le permiten las Leyes Civiles, Políticas y Administrativas, salvo algunas excepciones.

Por decreto de fecha 31 de Diciembre de 1969, se estableció que la mayoría de edad se alcanza en el Distrito Federal a los 18 años cumplidos (Art. 646 del Código Civil vigente para el Distrito Federal), con el cual el sujeto dispone libremente de su persona y de sus bienes, es decir, adquiere la capacidad de ejercicio salvo las limitaciones que establece la ley.

El texto del artículo 646 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es el siguiente:

*"La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos"*

Como ya se dijo, no siempre la mayoría de edad se alcanzaba a los dieciocho años cumplidos, hubo un tiempo en que no fue así, por ejemplo el primer Código Civil de Iberoamerica publicado el 31 de Octubre de 1927 en la Ciudad de Oaxaca (Oajaca), refiere:<sup>20</sup>

*"Art. 358.- La mayoría de edad se fija a los veintiún años cumplidos.  
Todo individuo que tenga esta edad es capaz de todos los actos de la vida Civil, salvo las restricciones puestas en él título del matrimonio"*

---

<sup>20</sup> Ortiz-Urquidi, Raúl. "Oajaca, Cuna De La Codificación Iberoamericana". Ed. Editorial Porrúa. México, 1974. p. 164.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Otra legislación igual de importante por su trascendencia histórica lo es la Ley sobre Relaciones Familiares publicada en el diario Oficial de la Federación los días 14 de Abril al 11 de mayo de 1917, y que en relación con la mayoría de edad disponía:<sup>21</sup>

*"Art. 478.- La mayor edad comienza a los 21 años cumplidos.*

*Art. 479.- el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, las mujeres mayores de 21 años, pero menores de 30, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre, en cuya compañía se halle, si no fuere para casarse, o cuando el padre o la madre haya contraído nuevo matrimonio o ésta observare mala conducta".*

Sin embargo, como el derecho es y debe ser dinámico. Tiene que cambiar conforme cambia la manera de pensar de los ciudadanos, debe de ajustarse a los nuevos valores y necesidades de aquellas personas a quien la norma va dirigida, pues de lo contrario la ley se tornarí tiránica, así las cosas actualmente la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos, de conformidad con el artículo 646 ya citado.

Esta disposición señala el día en que la persona llega a la mayoría de edad: los dieciocho años cumplidos. El sentido de la norma es que la persona, por el hecho jurídico de alcanzar esa edad deja de estar sometida

---

<sup>21</sup> Ley Sobre Relaciones Familiares. Ed. Editorial Porrúa. México 1980.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

a la Patria Potestad o la tutela, si durante su minoría de edad estuvo bajo de ella.

Se considera que al llegar a esa edad, la persona ha adquirido la madurez intelectual y el discernimiento necesario para determinarse por sí misma en la vida jurídica. La fijación de una determinada edad (ya se ha mencionado que esta puede cambiar de país a país o de época a época), es el dato objetivo en que descansa la presunción de la capacidad de la persona, (presunción *juris tantum*), que admite prueba contraria: la declaración de interdicción.

De allí que el artículo 24 del propio Código Civil, establezca que el mayor de edad, salvo las limitaciones que establece la ley tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes y el artículo 1798 del mismo ordenamiento, confirma esta presunción, cuando ordena que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

La disposición que contiene este artículo es fundamental, como elemento para determinar en que momento la persona, como sujeto de relaciones jurídicas puede actuar libremente, siempre dentro de las limitaciones que establece el ámbito de lo lícito.

No obstante lo escueto y terminante del precepto, el menor de edad, después de que ha salido de la infancia (en la adolescencia) conforme se acerca la pubertad y a la mayor edad, va adquiriendo una capacidad que aunque limitada, le permite realizar ciertos actos expresamente señalados en la ley.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Aún así, y como acertadamente apunta Clemente de Diego;<sup>22</sup> el sistema español como el de casi todos los Códigos modernos, entre ellos el nuestro, divide tajantemente el curso de la vida jurídica de las personas en dos grandes partes: la mayor y la menor edad y no establece grados o periodos como ocurría en el Derecho Romano que reconocía varias etapas de minoría, tal y como ya se ha señalado paginas atrás.

Sin embargo en el Código Civil, se puede advertir que existe un elenco mas o menos numeroso de actos que pueden realizar validamente el menor antes de ser plenamente capaz: Celebrar matrimonio, otorgar testamento, designar tutor, administrar y disponer bienes que ha adquirido por su trabajo, entre otros.

Por su parte el artículo 647 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, dispone:

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

Si bien el artículo 646, no contiene propiamente una norma jurídica (entendida ésta en estricto rigor), sino el simple enunciado de un hecho de la vida humana, a saber la edad de dieciocho años (como la mayoría de edad de la persona), no encontramos que en ese dispositivo se declare cuales son las consecuencias que se desprenden de ese hecho.

Es en el artículo 647, en donde se establece que la mayoría de edad tiene para el derecho la consecuencia de atribuirle a la persona la plena

---

<sup>22</sup> Clemente de Diego. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo I. Madrid, 1959. p. 206.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

capacidad de ejercicio, puesto que conforme a lo que este precepto señala, el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Este principio se encuentra enunciado en el artículo 24 del propio Código Civil, cuyo texto se encuentra reproducido en el dispositivo que se comenta, con la importante salvedad que aquel numeral agrega: "*Con las limitaciones que la ley establece*", con lo cual enuncia de mejor manera la distinción conceptual entre mayoría de edad y capacidad de ejercicio, ya que la edad de dieciocho años es el presupuesto necesario de la capacidad completa de las personas físicas, mas no siempre es consecuencia forzosa y necesaria de la mayor edad.

En efecto, puede darse caso de que un mayor de edad puede encontrarse incapacitado para ejercer por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones en el caso de que haya sido declarado en estado de interdicción y también, por otra parte se ha hecho alusión a que el menor de edad goza de ciertas capacidades especiales para realizar los actos que expresamente le permite el Código Civil, algunos de los cuales ya se han citado en este trabajo.

Así, pues, la norma jurídica, propiamente dicha, esta contenida en estos dos artículos, de los cuales el 647, sirve de complemento al inmediatamente anterior, pero aunque complementario, expresa el mandato o disposición normativa propiamente dicha, elemento del que carece el artículo anterior.

Por otra parte, a pesar de que este dispositivo, como el artículo 24 al que se ha hecho mención, conforme a una interpretación literal, podría inducir que la capacidad que se adquiere con la mayor de edad es de tal

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

naturaleza que solo encuentra sus límites en la noción de lo ilícito, debe tenerse presente que aparte es general y necesaria limitación a la libertad de disposición a que se refiere este precepto legal, (el orden público y las buenas costumbres), el artículo 16 del mismo ordenamiento, establece el deber impuesto a toda persona física o moral de ejercer sus derechos y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad. Otra importante restricción a la capacidad del mayor de edad se encuentra en el artículo 390, antes ya reseñado.

Así las cosas de acuerdo a Ignacio Galindo Grafías:<sup>23</sup>

*"La mayoría de edad y la plena capacidad de ejercicio son conceptos que se identifican".*

Por esta razón el estudio que se debe realizar de la mayoría de edad, es en relación con la capacidad que otorga la misma, razón por la cual Rafael Rojina Villegas, al estudiar ésta lo hace considerando la capacidad de ejercicio.

De acuerdo con lo expuesto por el autor en cita, dentro del tema de minoría de edad, se divide en grados de capacidad de goce, únicamente como referencia señalamos:

A).- Grado mínimo de la capacidad de goce:

Es el ser concebido pero no nacido, siempre que nazca vivo y viable, viva más de 24 horas o antes si es presentado al Registro Civil.

B).- El segundo grado de capacidad de goce:

---

<sup>23</sup> Galindo Grafías, Ignacio. Op. Cit. p. 402.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Se integra por los menores de edad.

C).- El tercer grado:

Esta representado por los mayores de edad.

Con respecto a los mayores de edad se distinguen dos tipos, los que están en el pleno uso y goce de sus facultades mentales y los sujetos a interdicción por locura, imbecilidad o uso constante de sustancias toxicas, a los cuales hace referencia el artículo 450 fracción II del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que a la letra dice:

*"Tienen incapacidad natural y legal:*

*I.- ...*

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

Este numeral menciona los motivos o causas por los que una persona no puede discernir por sí mismo, Galindo Grafías agrega:<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Idem.



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"Deben ser probadas estas circunstancias ante el juez de lo familiar, quien en una sentencia decidirá que la persona mayor de edad se encuentra en estado de interdicción"*

Al respecto Rojina Villegas manifiesta:<sup>25</sup>

*"Estas diferentes formas que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir, no impide al sujeto ser titular de derechos y obligaciones de orden pecuniario, pero evidentemente que sí afectan esta capacidad, en cuanto a sus relaciones familiares, puesto que no se tiene la aptitud necesaria para ejercitar estos derechos.*

*La causa es evidente, como el mayor de edad se encuentra privado de inteligencia o sus facultades mentales están perturbadas, no podría desempeñar ni la función educativa, ni la representación, inherente a la Patria Potestad".*

En relación a los mayores de edad sujetos a interdicción, Ignacio Galindo Grafías, menciona, que:<sup>26</sup>

*"Los actos efectuados por personas privadas de inteligencia por causa de enfermedad, antes de que hayan sido declarados en estado de interdicción,*

---

<sup>25</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 444.

<sup>26</sup> Galindo Grafías, Ignacio. Op. Cit. p. 498.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*son anulables, si se prueba en el juicio correspondiente que cuando otorgaron el acto que se impugna, no gozaban del discernimiento necesario por padecer locura, imbecilidad o cualquier otra enfermedad mental. En cambio, los actos ejecutados por el incapacitado, después de que ha sido declarado judicialmente su estado de interdicción son inexistentes”.*

Es decir estos mayores de edad, no tienen posibilidades de realizar actos jurídicos por ellos mismos, pero si pueden ser titulares de derechos y obligaciones.

Con respecto a la incapacidad de ejercicio, el primero de ellos corresponde al ser concebido pero no nacido, el segundo se considera que es desde el nacimiento del individuo hasta antes de su emancipación, lógicamente el tercero se refiere a los menores emancipados y por último se encuentran los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran distorsionadas, respecto de estos, la incapacidad de ejercicio generalmente es total, en razón de que para la validez de sus actos jurídicos, únicamente su representante puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, lo cual explica Miguel Ángel Zamora y Valencia <sup>27</sup>de la siguiente manera:

*“Aunque una persona no sea apta para hacer valer por si misma sus derechos o para cumplir sus obligaciones, no significa que no los tenga o que no*

---

<sup>27</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel. “Contratos Civiles”. Ed. Editorial Porrúa. México.2002. p. 34.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*pueda hacer ejercicio de los primeros o que deba de cumplir con los segundos, sino solo que no pueda hacer ejercicio por sí mismo y por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga, de ahí la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería lo mismo el tener derechos, ya que si no se pueden hacer valer ni por sí, ni por otro, desde el punto de vista lógico significa que no los tiene, y se volvería al punto de partida, el indicar que faltaría la personalidad jurídica de es ente”.*

Asimismo, en cuanto a la celebración de actos jurídicos familiares los mayores incapacitados no tienen capacidad de goce, por tanto no puede haber representación. En materia de contratos, los mayores de edad con incapacidad, no pueden celebrarlos aún en intervalos lucidos, esto es así porque:

*“Las incapacidades de ejercicio se establecen en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen una facultad normal de razonar y por eso la calificación de los actos realizados por ellas será de la nulidad relativa”.*<sup>28</sup>

Por otra parte, y en cuanto a la capacidad de ejercicio de los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas, cabe mencionar que el único acto jurídico que

---

<sup>28</sup> Íbidem. p. 35.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

tienen la posibilidad de celebrar es el testamento, cuando se encuentra en intervalo lucido:

*"Pues así lo señalan los artículos 1307 y siguientes del Código Civil, bajo las circunstancias establecidas en dichos preceptos y que son las siguientes:*

*A).- Se requiere un lapso de lucidez de quién quiera testar.*

*B).- Que el tutor o un familiar presente la solicitud ante el juez de lo familiar, para que pueda procederse a ese otorgamiento.*

*C).- Por lo anterior, la autoridad judicial instada nombrará dos médicos, preferentemente especialistas, para que éstos examinen al enfermo y dictaminen sobre su estado.*

*D).- Si dicho examen es favorable, se procederá al otorgamiento del testamento, que deberá ser público, abierto, es decir, ante notario y tres testigos idóneos, tal como se señala para este tipo de testamento en el artículo 1511, del Código Civil.*

*E).- El documento deberá contener constancia expresa de los médicos intervinientes, en el sentido de que el testador conservó perfectamente lucidez*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*durante todo el tiempo del otorgamiento del acto,  
lo que condiciona su validez.*

*F).- Además, el testamento debe ser firmado no  
sólo por el testador, testigos y notario, sino  
también por el juez y los médicos concurrentes”.<sup>29</sup>*

Finalmente los mayores de edad con plena capacidad jurídica son aquellos a los que se refiere el artículo 647 del Código Civil vigente y que a la letra dice:

*“El mayor de edad dispone libremente de su  
persona y de sus bienes”*

Luego entonces, el mayor de edad que no se encuentre en estado de interdicción dispone libremente de su persona y de sus bienes, es decir, que adquiere la plena capacidad de ejercicio.

En relación con la mayoría de edad, la regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, existe la capacidad de goce, se presume la primera, con excepción lógicamente de los menores de edad y los mayores que sufran perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia, Rafael Rojina Villegas<sup>30</sup> señala:

*“La incapacidad como excepción debe estar  
expresamente señalada en la ley”.*

---

<sup>29</sup> Domínguez, Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. p. 186.

<sup>30</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 449.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Lo anterior es confirmado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez,<sup>31</sup> que dice:

*"La posibilidad legal que una persona física tenga o no de celebrar un acto jurídico con intervención directa, depende única y exclusivamente de la ley, a nada ni a nadie mas corresponde negar o conferir esa posición ante dicha posibilidad y los particulares, ciertamente no pueden ampliar, disminuir o en su caso desconocer o atribuir dicha posibilidad legal de las personas para la celebración de los actos jurídicos, es decir, de los particulares no dependen la capacidad o incapacidad de los individuos".*

Por otra parte y en relación con la capacidad de goce, Miguel Ángel Zamora y Valencia<sup>32</sup> manifiesta:

*"La ley puede imponer incapacidades de hecho, de ejercicio o de obrar en términos generales (como lo establece el Código Civil en el artículo 450), pero no podría señalar incapacidades de goce, de derecho o jurídicas generales sin atentar contra la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica.*

---

<sup>31</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. p. 191.

<sup>32</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 34.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*Si bien en términos generales se dijera que determinadas personas o grupo de personas no tienen aptitud para ser titulares de derechos, tales personas no serían sujetos jurídicos o sea que se estaría negando su personalidad jurídica”.*

Entonces, no se puede hablar de incapacidad sin ley, pues la misma, la señalará en forma particular quién o quienes no tienen aptitud de ser titulares de ciertos derechos.

De lo expuesto, se infiere que no existe una capacidad de goce general respecto de los mayores de edad que no estén en estado de interdicción, sin embargo, la misma se establecerá únicamente en casos excepcionales.

Por tal razón, con respecto a los mayores de edad con pleno uso de sus facultades mentales, existen varias restricciones en cuanto a su capacidad de goce éstas son algunas:

1).- La establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la cual se impide al extranjero adquirir inmuebles en la zona prohibida de 100 kilómetros en la franja fronteriza y 50 kilómetros en las playas de nuestro país.

2).- Fuera de la zona prohibida, el extranjero no puede adquirir bienes inmuebles o derechos inmobiliarios, sin el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores y bajo protesta de no invocar la protección de su gobierno y de considerarse mexicano para los efectos inherentes a su adquisición, aceptando perder en beneficio de la nación

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

mexicana, los derechos que hubiese adquirido en el supuesto de que invocare la protección de su gobierno.

3).- En relación con los consortes, no pueden celebrar contratos entre sí, es previa autorización judicial y tampoco efectuar compra-venta, ni realizar actos que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta si se casaron bajo el régimen de separación de bienes.

4).- Por inhabilitación, impuesta como sanción en una sentencia penal tratándose de ciertos delitos, como por ejemplo la inhabilitación temporal para el ejercicio de una profesión.

5).- El comerciante, cuya quiebra ha sido fraudulenta quedará inhabilitado para ejercer el comercio por el tiempo que dure la condena principal y podrá, asimismo quedar inhabilitado para ejercer cargos de administración o representación, en toda clase de sociedades mercantiles.

6).- Para la adopción, el adoptante requerirá tener la edad de 25 años, estar en pleno ejercicio de sus derechos, y sea mayor de 17 años respecto de la persona que pretende adoptar.

7).- Los ministros de los cultos, no tienen aptitud de ser titulares de derechos hereditarios, al menos que sea de un familiar dentro del cuarto grado.

8).- Las inhabilitaciones que impone la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, que impide que una persona sancionada, no ocupe un cargo público dentro de determinado tiempo.



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En cuanto a la capacidad de ejercicio del mayor de edad, hay que aclarar que precisamente esta es la regla general, como lo señalamos anteriormente, sin embargo, en ocasiones esta no es suficiente para celebrar actos jurídicos especiales, por lo cual esta capacidad de los mayores de edad en el pleno uso de sus facultades, se divide en dos capacidades especiales, a saber:

A).- Capacidad especial que requiere la ley para llevar a cabo actos de dominio. En cuanto a esta Rafael Rojina Villegas <sup>33</sup>refiere:

*"En la ejecución de actos de dominio no basta la capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate".*

B).- Capacidad para celebrar actos de administración. Esta no es tan estricta, para esos actos se requiere obtener la propiedad o bien un derecho de goce sobre los bienes, ya que los actos de administración no suponen necesariamente la propiedad de quien los ejecuta.

De lo anterior se desprende que si no se tienen las mencionadas capacidades especiales, el mayor de edad sufrirá de una incapacidad para celebrar específicamente el acto que exige esta.

### **1.2.- SUJETOS QUE INTERVIENEN**

Según se desprende de lo antes expuesto las personas sujetas a la Patria Potestad son los menores de edad no emancipados, y los que ejercen

---

<sup>33</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pág. 450.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

esta Potestad son los padres, a falta de uno o por su imposibilidad ejercerá la Patria Potestad el otro padre, y a falta o por imposibilidad de ambos padres, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y sobre su más estricta responsabilidad, podrá otorgar el ejercicio de la Patria Potestad a los abuelos paternos o maternos, a falta de todos los aquí mencionados, el menor de edad caerá en tutela, así las cosas y de acuerdo a lo anterior podemos decir que dos son los sujetos que intervienen en la Patria Potestad; los sujetos activos y los sujetos pasivos, a saber:

Lo anterior encuentra su fundamentación en el artículo 412 del Código Civil vigente, que establece que los menores de edad no emancipados, están bajo Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.

Del artículo en comento se desprenden dos clases de sujetos, quienes ejercen la Patria Potestad y sobre quienes se ejerce, llamemos a los primeros sujetos activos y a los segundos sujetos pasivos.

En la Tutela, el artículo 631 y 632 fracción I del Código Civil se dispone la creación de un órgano denominado consejo de tutelas que entre sus funciones se encuentran las de remitir al Juez de lo Familiar una lista de las personas de cada delegación que por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar el cargo de tutor o curador, el artículo 503 del mismo ordenamiento dispone quienes son las personas que no pueden desempeñar el cargo de tutores.

De la lectura de tales preceptos se puede afirmar que, en principio todo aquel mayor de edad, en pleno uso de sus facultades y derechos y además cuente con una honorabilidad reconocida y recursos económicos

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

suficientes son susceptibles de conferírseles el cargo de tutor y curador, independientemente de tener relación de parentesco con el menor no sujeto a la Patria Potestad o incapaz, salvo sus excepciones, emanada tal obligación del nombramiento confirmado por el Juez de lo Familiar que conozca del caso.

De los sujetos activos el artículo 414 dice:

*"La Patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.*

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

De la lectura del anterior artículo se desprende que son seis los sujetos activos que pueden ejercer la Patria Potestad.

Sin embargo los parientes más próximos, excluyen a los más lejanos, así en primer lugar el ejercicio de la Patria Potestad corresponde a ambos padres.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Respecto a los padres se hace necesario hacer una subdivisión, entre los que se encuentran casados y aquellos que no lo están, lo anterior tiene importancia por lo siguiente:

En relación a los primeros, es decir aquellos que están casados, no existe mayor problema, pues la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio se presume si estos han nacido dentro de matrimonio o si los hijos han nacido dentro de trescientos días siguientes a la disolución del mismo. (Art. 324).

El Diccionario de Derecho Privado define la Filiación como <sup>34</sup>

*Filiación y paternidad son términos que expresan calidades correlativas; esto es, aquella la calidad de hijo y ésta la calidad de padre.*

*Filiación en latín filius, hijo y paternidad del latín pater, padre. Relación que une a los padres con los hijos*

Para Rojina Villegas es:<sup>35</sup>

*El equivalente a procedencia de los hijos respecto de los padres, el término de filiación tiene en el derecho dos connotaciones:*

---

<sup>34</sup> Diccionario de Derecho Privado, Tomo I, p. 2934

<sup>35</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p 591.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*1.- Comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendentes y descendientes, sin limitación de grado; como prenda a las personas que descienden las unas de las otras, esto es, los hijos, los nietos, bisnietos, tataranietos, padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.*

*2.- En el sentido estricto, la filiación es la relación de derecho, que existe entre el progenitor y el hijo, lo que da como consecuencia un conjunto de derechos y obligaciones que se crean entre el padre y el hijo que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos.*

*La filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, ya que éste es el que se da entre personas que descienden de un mismo progenitor común.*

Como podemos ver la filiación es la relación entre los padres y los hijos, a esto se le llama filiación, es el lazo de la sangre la que une a ambos.

Pero también la filiación, se puede dar por adopción, en ambos casos las consecuencias jurídicas son las mismas en lo general ya que existe el derecho y el deber de: alimentos, heredar,

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

etc...., pero también es relativo al ejercicio de la patria potestad que se determina en función de la filiación.

Ya que si bien es cierto que la patria potestad, es el poder y derecho que tienen los padres para proteger a los a los hijos en la medida de las necesidades de éstos, pues la ley le otorga facultades a los padres sobre los menores hijos y también sobre sus bienes.

Entonces si la filiación está ligada con la patria potestad podemos mencionar que son las facultades, vinculadas de derechos y obligaciones, que no solo corresponde a los padres, también a los abuelos o adoptantes respecto de sus hijos, nietos o adoptados menores de edad o no emancipados.

Es pues, la filiación, el vínculo de unión de los hijos con los padres, vinculación que surge a consecuencia del matrimonio civil que da un principio de certeza, pues los hijos que tiene una mujer casada, se presumen hijos del marido, salvo prueba en contrario. En cambio los hijos de una mujer no casada no pueden atribuírsele a un varón determinado.

En el segundo caso, la filiación de los hijos se prueba con su acta de nacimiento (art. 340 del Código Civil vigente para el Distrito Federal) y según dispone el artículo 341 del mismo ordenamiento, a falta de dicha acta o si fuere defectuosa, incompleta o falsa, la filiación del hijo se probara con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Si faltare el registro o estuviere inutilizado y existe duplicado de éste deberá tomarse la prueba.

Aunque no hay que dejar pasar por alto que de cualquier manera, siempre la filiación por lo que hace a la madre se desprende del hecho del parto esto es, si una mujer da a luz y no abandona al hijo, no requiere de ningún acto jurídico especial para que surja entre ambos el lazo de la filiación, la misma queda establecida por el solo hecho del nacimiento, que normalmente tiene lugar con testigos, solo excepcionalmente cuando la madre oculta su embarazo, da al luz sin testigos y abandona a su hijo, o cuando al mismo se le hace pasar como nacido de otra mujer, habrá lugar posteriormente al reconocimiento por parte de la madre.

Sin embargo según el artículo 360 del Código Civil, no es suficiente para establecer la filiación entre una madre y un hijo el solo hecho del parto, pues según el precepto en comento, la filiación (le denomina reconocimiento) del padre o de la madre se establece por el reconocimiento de los mismos o por una sentencia ejecutoriada.

Dicho de otra manera, en relación al padre, la filiación solo se establece por reconocimiento voluntario, o por sentencia que declare la paternidad, el reconocimiento puede hacerse sin necesidad de que los padres contraigan matrimonio, en todo caso el reconocimiento solo produce efectos para quien lo hace y no para el otro progenitor, trayendo como consecuencia el ejercicio de la Patria Potestad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, de conformidad con el artículo 369 del Código Civil se deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

- 1.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- 2.- Por acta especial ante el mismo Juez;
- 3.- Por escritura pública;
- 4.- Por testamento, y
- 5.- Por confesión judicial directa y expresa.

Y sigue disponiendo el numeral en comento, que el reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o de maternidad.

En relación a la investigación de la paternidad y la maternidad se encuentra regulada en los artículos 382, 385, 388 del Código Civil y 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 y/o el padre.

En el caso de la investigación de la maternidad esta permitida por parte del hijo o de sus descendientes, la cual puede probarse por



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

En ambos casos la investigación de la paternidad o de la maternidad solo esta permitida en vida de los presuntos padres.

Así mismo se puede afirmar que tienen derecho a ejercer la Patria Potestad los abuelos, tanto los paternos como los maternos.

Antes de las ultimas reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal (artículo 414), se hacia una clara diferencia entre quien de los abuelos ejercería la Patria Potestad, pues si los hijos eran nacidos de matrimonio en primer lugar correspondía a los abuelos paternos y a falta o por imposibilidad de estos entonces entraban a su ejercicio los abuelos maternos, el texto anterior del artículo mencionado era el siguiente:

*"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:*

*I.- Por el padre y la madre;*

*II.- Por el abuelo y la abuela paternos;*

*III.- Por el abuelo y la abuela maternos".*

Actualmente la redacción del artículo en comento, es el siguiente:

*"La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.*

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

En el caso de un hijo nacido fuera de matrimonio, entonces sería el juez de lo familiar quien decidiría quien de los abuelos ejercería la Patria Potestad. (Artículo 418 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, antes de las reformas)

Con las nuevas reformas, a falta de los dos padres o por imposibilidad de ejercer la Patria Potestad, será el juez de lo familiar quien decida cual de los abuelos ejercerán la Patria Potestad sobre la persona del menor, no importando si este es hijo de matrimonio o no lo es.

Son pues, seis los sujetos activos que pueden ejercer la Patria Potestad, los padres (biológicos o adoptivos), los abuelos paternos y los abuelos maternos.

Los hijos menores de edad (de conformidad con el artículo 646 la mayoría de edad se alcanza a los 18 años cumplidos) no emancipados siempre estarán bajo Patria Potestad, cuando no exista algún ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Hemos dicho que el pariente más próximo excluye al más lejano en grado, siendo así las cosas el orden para ejercer la Patria Potestad será el siguiente:

En primer lugar, ambos padres si están casados, en caso de no estarlos quien lo reconozca, si ambos padres reconocen al menor, ambos padres ejercerán la Patria Potestad sobre el hijo, si falleciere alguno de los padres o le es impedido el ejercicio de este derecho el otro padre ejercerá la Patria Potestad.

A falta de ambos padres o por impedimento legal que tengan para ejercerla, entonces cualquiera de los abuelos ejercerá este derecho (u obligación), a criterio del juez, en cuyo caso el juez deberá tener sumo cuidado en no otorgar este ejercicio a cualquiera de los cuatro abuelos si todos viven o bien a un abuelo (a) paterno y a otro abuelo (a) materna, en todo caso serán a los dos abuelos maternos o a los dos abuelos paternos o bien a solo uno de ellos si es que el otro ha fallecido o esta imposibilitado legalmente para su ejercicio.

La Patria Potestad no es renunciable, pero aquella persona que ha cumplido mas de 60 años o por su habitual mal estado de salud, puede excusarle de este ejercicio, en cuyo caso la Patria Potestad pasara al otro ascendiente, en caso de no existir mas ascendientes o no pudiesen desempeñar la Patria Potestad, al menor se le nombrara un tutor.

Al respecto el artículo 448 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dispone:

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

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

*I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;*

*II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño".*

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha expresado:

*"La edad avanzada del progenitor no esta incluida como causal de perdida de la patria potestad, entre las que señala el artículo 444 del Código Civil, y de acuerdo con el artículo 448 del mismo ordenamiento, aquellos a quienes corresponda ejercerla, tiene solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, por lo que en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de perdida de la patria potestad".<sup>36</sup>*

Así como de los sujetos pasivos de conformidad con el artículo 412 del Código Civil solo pueden ser sujetos de Patria Potestad los hijos menores de edad no emancipados y solo mientras exista un ascendiente

---

<sup>36</sup> Informe 1976, núm. 6, p.63. Comentario al artículo 448 del C.C. comentado del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1987. p. 293.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

que pueda ejercer dicha Potestad, de lo contrario caerá en tutela, como en tutela también estará el mayor de edad afectado de sus facultades mentales.

Siendo la tutela una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que no son capaces de gobernarse por si mismos.

Por su parte la enciclopedia Encarta define a la Tutela como<sup>37</sup>:

*"Institución jurídica ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no estén sometidos a la patria potestad prorrogada".*

Los Institutos de protección de los menores que han quedado huérfanos surgen como potestades familiares para luego transformarse en instituciones que llegan, en el clásico y posclásico, a unificarse y a ser consideradas como deberes.

Según los datos más antiguos de la civilización romana, la tutela es concebida como un instituto de protección, pero también como un medio para suplir la deficiente capacidad de obrar de una persona menor o incapaz. Ambas cuestiones son asuntos estrictamente familiares que no trascienden del grupo.

---

<sup>37</sup> Enciclopedia Encarta 2007

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Para precisar el sentido de esa afirmación, resulta conveniente recordar la estructura de la familia romana. El grupo se integra con diferentes individuos organizados para alcanzar fines generales de carácter económico, político y religioso. Estos fines trascienden el interés de sus miembros en lo individual para convertirse en interés grupal. La comunidad familiar se funda en un vínculo de subordinación de sus miembros respecto a una potestad superior, el pater.

El pater es el único miembro de la familia con plena capacidad jurídica y, por ello, representa a los demás miembros, tanto por dentro como fuera de juicio. Forma parte de los deberes del pater, la protección e aquellos miembros del grupo que por su edad, condición física o sexo más lo necesitan. Al pater, como único sui iuris, le corresponde la titularidad y, por tanto, la administración de todos los bienes familiares que forman entonces una comunidad domestica.

A la muerte del pater, resulta imprescindible la transmisión de la potestad con los deberes y facultades inherentes a la misma. El sucesor es un representante del pater desaparecido que continúa ejerciendo los poderes y deberes que correspondían a aquel, entre ellos, la protección de los menores, incapacitados y, en algunos casos, la de las mujeres, aunque esta tutela desaparece posteriormente. Los sucesores que representarán al pater son los mismos integrantes de la familia que, ipso facto, adquieren la capacidad jurídica y se convierten en el pater de su propia familia. El sucesor que asume el deber de proteger a los herederos sin capacidad para obrar, se convierte en el tutor de ellos.

Así, tenemos que, la tutela es de las llamadas por la doctrina instituciones "*cuasi familiares*", dado que es subsidiaria y supletoria de la

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

patria potestad. Al igual que esta última descansa sobre la noción de deber jurídico, puesto que las facultades y cargas que le son inherentes son una consecuencia de la ordenación objetiva de ambas instituciones. Mientras que la calidad de padre es impuesta por la naturaleza, la del tutor proviene de un mandato legal y su reglamentación es más minuciosa que la de la patria potestad, porque el legislador supone que no existen con relación al pupilo los lazos naturales de afecto que unen al padre con su hijo.

Las disposiciones relativas a la tutela son de orden público: ni los convenios particulares ni el poder judicial pueden modificar su estatuto legal.

Como podemos ver el tutor es quien ejerce un cargo que es de carácter público de la tutela, pues en ellas se encuentran las decisiones que toma el tutor sobre el menor como lo es la educación, escuela, y de carácter judicial; en esta relación se puede ver la cercanía que permite conocer y apreciar la personalidad del menor, así el tutor puede decidir sobre su futuro.

La tutela es una institución el cual tiene por objeto la custodia y la protección del menor de edad hasta que éste adquiera la capacidad de ejercicio.

Y por otro lado encontramos a los que se encuentran en estado de interdicción que son aquellas personas que se encuentran suspendidas de sus derechos civiles para poder administrarse, las facultades de su tutor serán las de poder atender su educación, alimentación, así como la vigilancia médica que éste requiera y cuidado especial en su persona.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Sobre su extinción de la tutela podemos mencionar que se da por la muerte del menor, o sobre el que se ejerció.

Cuando la persona que esta sujeta a la tutela quede en adopción o bajo la patria potestad por reconocimiento como hijo.

En aquellos que consideran en estado de interdicción cuando éstos por curación o rehabilitación ya son capaces y se pueden valer por sí mismos.

Podemos concluir que la tutela se da por extinguida en los casos ya mencionados y el tutor estará obligado a entregar los bienes, posesiones y documentos que pertenezcan al pupilo dentro del mes siguiente a la extinción de ésta.

Respecto a la emancipación podemos señalar que es una restricción a la personalidad jurídica de quienes están sujetos a la Patria Potestad o Tutela.

La emancipación, es una situación legal de un hijo que siendo menor de edad contrae matrimonio, y en virtud de ese matrimonio se emancipa, es decir deja de estar bajo Patria Potestad, aunque tiene ciertas limitantes en cuanto a los bienes inmuebles los cuales no podrá enajenar o gravar sino con autorización de quienes fueran sus representantes legales, al menos que dichos bienes fueran adquiridos por su propio trabajo, por lo demás puede disponer libremente de su persona.



***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

La persona emancipada podrá administrar libremente sus bienes; necesitando autorización judicial para enajenar judiciales podrá ser representado por un tutor”.

Podemos decir que la emancipación significa el fin, dimisión o renuncia de la patria potestad o de la tutela sobre una persona menor de edad a los fines de que ésta pueda regir su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad.

Dentro de las formas de obtenerla es cuando se alcanzar la mayoría de edad, concesión del padre o madre con patria potestad, autorización judicial y por matrimonio.

En cada una de estas formas diferentes de adquirirla nos queda claro que la figura de los padres es una parte fundamental ya que el padre o la madre pueden declarar su voluntad mediante escritura pública otorgada ante notario la emancipación concedida por el padre o madre con patria potestad debe ser en el registro civil para que tenga efecto contra terceros, y no puede renovarse.

En el caso de que sea por mandato judicial el menor de edad, huérfano de padre y madre, puede ser emancipado por el Tribunal en un procedimiento en el que debe participar su tutor, pero el tutor puede oponerse a la emancipación.

Pero sí el menor adquiere la mayoría de edad y demuestra la capacidad para poder administrar sus bienes obtendrá la emancipación mientras éste sea huérfano.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

También puede ser por matrimonio ya que toda persona queda emancipada por éste hecho, pero si es un menor de edad, los efectos de la emancipación serán limitados; ya que la ley no le permite en ese caso disponer de sus bienes inmuebles ni tomar dinero prestado sin el consentimiento de su padre, madre o tutor.

En relación a la curatela, tenemos que el curador es la persona nombrada en el testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como función principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera del juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los de el tutor.

La palabra curador viene del latín curador derivado de curare, cuidar.

### **1.3.- EFECTOS**

Dos son los efectos que se desprenden del ejercicio de la Patria Potestad, a saber:

La primera en relación a la persona del menor no emancipado, es decir a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, particularmente dedicada a la educación del menor), y la segunda se refiere a la protección de los intereses materiales propiedad del menor, que precisamente por su minoría de edad no puede administrar por carecer de capacidad de ejercicio.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Sobre el particular Rafael de Pina expresa:<sup>38</sup>

*"La Patria Potestad es una institución Civil acusadamente matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes la ejercen, es realmente inadecuada, pues dicha designación, tomada del Derecho Romano, ha perdido en nuestro tiempo su significación original.*

*Por ello, se ha propuesto cambiar esta denominación por la de autoridad parental, pero los tratadistas y los legisladores continúan fieles a la denominación actual".*

No hay que perder de vista que la institución de la Patria Potestad no ha tenido siempre las características con que aparece en el derecho moderno; ha evolucionado conforme evoluciona la sociedad, José Castan Tobeñas dice:

*"La historia nos muestra un doble proceso, muy interesante de la Patria Potestad, poder (derecho) a la Patria Potestad, función (deber), y de la Patria Potestad como poder exclusivo del padre a la Patria Potestad conjunta del padre y de la madre".<sup>39</sup>*

---

<sup>38</sup> De Pina, Rafael. Op. Cit. p. 376.

<sup>39</sup> Castan Tobeñas, José. "Derecho Civil Español Común y Foral". 15ª ed. T. I. VOL. II,. Ed. Instituto Editorial Reus. p. 245. Madrid 1994.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Dice el autor citado, que la denominación de Patria Potestad es en el derecho moderno, impropia, porque esta institución no es ya una institución absorbente como la Patria Potestad Romana, sino una autoridad tutiva que no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre y en ciertos casos los abuelos.

Rojina Villegas nos dice:

*"Como en el derecho moderno, la regulación jurídica de la Patria Potestad (como la de la tutela) ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por, el contrario, esa institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social, que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen".<sup>40</sup>*

Así las cosas, como vemos, la Patria Potestad, más que una verdadera Potestad o derecho en interés de quien la ejercita, es una institución que tiene una función protectora de los hijos durante su menor edad y una carga impuesta a quien debe ejercitarla.

Por otra parte el papel de la tutela es esencialmente supletorio. En el derecho romano el hijo se sometía a la tutela cuando era "*sui iuris*", es

---

<sup>40</sup> Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T. II. VOL. I. Editorial Porrúa. México 2001. p. 90.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

decir cuando estaba liberado de la Patria Potestad y se concretaba a la administración de los bienes. En el derecho Francés la Patria Potestad no implicaba la administración de los bienes, pues se partía del principio de la imposibilidad de que el menor tuviera patrimonio propio, ya que de todos los bienes que llegaba a tener pasaban a ser propiedad del padre, el tutor se encargaba de la administración de estos y no de la persona del pupilo, circunstancia que llevo a considerar que el padre o la madre supérstite adquiriera el carácter de tutor cuando su cónyuge hubiera muerto.

De cualquier manera por mucho que sea la rigurosidad que se pueda atribuir a esta institución en el pasado más remoto, desde el punto de vista legal, se puede suponer, con fundamento en el sentimiento de afición, existente entre los padres e hijos, que siempre estuvo temperada por el sentimiento del amor paternal, aparte de las reglas imperiosas de la moral.

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, la Patria Potestad la ejercitan exclusivamente los padres y solo a falta de ellos o por imposibilidad la podrán ejercer los abuelos en ambas líneas a criterio del juez, lo anterior viene a colación porque para Henry León Mazeaud y Jean Mazeud:

*"La Patria Potestad no pertenece mas que al padre  
y a la madre.*

*Resulta preciso concretar el contenido del derecho  
de Patria Potestad, y Guardarse de toda confusión  
con derechos parecidos, aunque diferentes. Tales  
son el derecho de consentir en el matrimonio, que  
es ejercido por la madre como por el padre, y que*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*pasa a los ascendientes, a falta de los padres; y el derecho de consentir para la adopción y el derecho de emancipar. Esos derechos poseen una naturaleza particular; no derivan de la Patria Potestad".<sup>41</sup>*

Los derechos sobre las personas del hijo que derivan de la Patria Potestad son: El derecho de Guarda y de dirección; el derecho llamado de corrección paterna, que es la sanción del primero y un derecho sobre los bienes del hijo: el derecho del goce legal.

Sobre el particular nos dice Luis Muñoz en su libro titulado "Derecho Civil Mexicano".

*"La coexistencia actual de la autoridad del estado y de la familia ha debilitado el enérgico poder paterno típico de la familia primitiva. En el Derecho Romano y en el Germánico, la Patria Potestad confiere al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos, y la autoridad paterna duraba lo que la vida del padre".<sup>42</sup>*

Las legislaciones modernas tratan de impedir los posibles abusos del poder paterno, sin detrimento del respeto filial.

---

<sup>41</sup> Mazeaud, Henry Leon y Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV; La Familia, Organización de la Familia, Disolución y Disgregación de la Familia. (Traducción De Luis Alcala-Zamora y Castillo). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. p. 88.

<sup>42</sup> Muñoz, Luis. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Ediciones Modelo. México 1971. p. 439.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Por eso, la Patria Potestad debe ser una institución en beneficio de los hijos; deben cooperar en su ejercicio el padre y la madre.

Respecto a la tutela, el artículo 537 fracción v del Código Civil, dispone que el tutor dentro de sus funciones se encuentra el de representar al pupilo dentro y fuera de juicio, a excepción de los actos de, matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y aquellos estrictamente personales. Como ya se ha mencionado dentro de la Patria Potestad tampoco son considerados como atributos de quienes la ejercen, en virtud de que la ley dispone supuestos donde diferentes personas pueden suplir tal consentimiento, ya sea los abuelos paternos o maternos, o bien autoridades administrativas del lugar del domicilio del menor, incluso el juez de lo familiar, cuando sean por causas graves y/o justificadas.

De conformidad con nuestro derecho positivo mexicano los efectos de la Patria Potestad según el artículo 412 del Código Civil podemos dividirlos en dos; En relación a la persona del menor y en relación sobre los bienes del mismo.

En el entendido que es lo que dispone nuestro Código Civil, pues nosotros estamos convencidos que nuestro Código Civil, al hablar de los efectos de la Patria Potestad, en realidad se refiere a los efectos de la Guarda y Custodia.

Pues la Patria Potestad de acuerdo al artículo 411 del mismo ordenamiento, es una relación entre ascendientes y descendientes donde debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualesquiera que sea es estado, edad y condición.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Y esto es así, pues los progenitores tienen un doble papel en relación a los desdientes, es decir por un lado esta esa relación de respeto que es una relación permanente pues no importa edad, estado o condición, y por otro lado encontramos la Guarda y Custodia respecto de los hijos y de los bienes de éste, relación que necesariamente se extingue al llegar el hijo a la mayoría de edad, salvo que sea necesario nombrarle un tutor por no poderse gobernarse por si mismo, en cuyo caso la Guarda y Custodia, podrá ejercerla los mismos padres o un tercero, de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

Entonces la Patria Potestad, jamás se extingue mientras sobreviva un ascendiente, en cambio aun subsistiendo algún ascendiente, la Guarda y Custodia si podrá llegar a extinguirse.

El estudio que se hace a continuación es de conformidad con lo establecido por el Código Civil.

En relación a la persona.

Sobre la persona del hijo, se refiere tanto a las relaciones personales entre el o los que ejerce la Patria Potestad y los menores sometidos a ella, y a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros. El artículo 421 del Código Civil establece lo siguiente:

*"Artículo 421. - mientras estuviere el hijo en la Patria Potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente".*



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Este artículo se encuentra correlacionado con el 31, fracción I de acuerdo al cual el domicilio legal del menor no emancipado es el de la persona a cuya Patria Potestad esta sujeto.

La razón de lo anterior es para darle mayor cumplimiento a la función protectora y formativa del hijo, por eso la ley le impone a éste, el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad esta sometido.

Para el mejor cumplimiento de sus fines como célula básica de la sociedad, la familia debe estar unida, y así el deber de educación y Custodia que tienen los padres con respecto a sus hijos, así como el deber de observar una conducta que le sirve de ejemplo, pues parte de la base de la vida en común en el domicilio familiar. El decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar de sus ascendientes, solo será procedente cuando se hallen en peligro valores fundamentales, como la salud o la moralidad del menor de edad.

Por su parte el artículo 422 del Código Civil dispone:

*"Artículo 422.- a las personas que tiene al hijo bajo su Patria Potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.*

*Cuando llegue al conocimiento de los consejos locales de tutela, que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisaran al ministerio publico para que promueva lo que corresponda"*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

De lo anterior se desprende que la Patria Potestad es una misión de interés público, y de alto contenido social. La ley impone a los ascendientes el deber de educar convenientemente a los menores de edad no emancipados sujetos a ella.

Y debe comprender desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil a sí mismo y a la sociedad en que se vaya a desarrollar tanto en sus actividades publicas como privadas.

El artículo 308 del Código Civil, impone a los ascendientes la obligación alimentaría que comprende los gastos necesarios para la educación primaria para el alimentista, así como para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; sin embargo, esta obligación deriva del parentesco y no de la Patria Potestad, pues aun cuando los padres hubieren perdido la Patria Potestad, están obligados a cumplir con su obligación alimentaría respecto al hijo menor de edad. Así tenemos que el deber de educación emanado de la Patria Potestad, va mas allá de los mínimos exigibles en cuanto a los alimentos, pues quienes la ejercen, deben procurar brindar al menor un nivel educacional acorde al del núcleo familiar, en que éste se encuentre inserto, según las posibilidades y necesidades del propio hijo, así como la de los padres.

Porque también la obligación alimentaría podrá estar a cargo de los parientes del menor hasta el cuarto grado, por exclusión, es decir el pariente más próximo en grado, excluye al más lejano.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

La corrección, es otra facultad que tienen los que ejerzan la Patria Potestad, para tal efecto el artículo 423 del Código Civil, dispone que los que ejercen la Patria Potestad o tengan hijos bajo su Custodia, tienen la facultad de corregirlos, pero el mismo precepto dispone que también tienen la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. Y esta relacionada con el deber de educación, con la autoridad paterna y con la situación de subordinación de los menores con respecto a quienes ejercen sobre ellos la Patria Potestad.

Antes de 1974, la norma legal establecía la facultad de "*castigar*", situación esta que se atenuó con la actual redacción.

Las normas penales también han variado en el mismo sentido. Hasta las reformas de 1983, el Código Penal declaraba como no punibles a las lesiones inferidas en uso de facultades de corregir, siempre que tardasen en sanar menos de quince días y no se abusase del derecho por parte de quienes ejerciesen la Patria Potestad.

Actualmente encontramos normas tanto de Derecho Civil, como de Derecho Penal que protegen no solo a los menores, sino a todos los miembros del núcleo familiar, las últimas reformas al Código Civil tratan de la violencia intrafamiliar.

Por su parte en materia penal, el artículo 200 del Código Penal, castiga a todo aquel infiera lesiones a toda persona que vivan bajo el mismo techo lo cual sería aplicable a los menores hijos, y además la ley penal impone la suspensión o privación del ejercicio de la Patria Potestad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

El artículo 577 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en relación a la tutela dispone:

*"El tutor tiene, respecto al menor, las mismas facultades que a los ascendientes concede el artículo 423".*

De lo anterior se desprende que el tutor también tiene la facultad de corrección sobre el pupilo y de observar buena conducta que sirva de buen ejemplo a éste.

En relación con lo anterior, el artículo 323 bis y 323 ter del Código Civil en cita hacen referencia a la violencia intrafamiliar, donde se dispone el derecho del que goza todo miembro de la familia a ser respetado en su persona y establecen las condiciones de que el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio y concubinato.

En la tutela, la ley no dispone expresamente la obligación de que el menor sometido a tutela deba de habitar en el domicilio del tutor, es mas el tutor tiene la libertad, de así creerlo conveniente de delegar el cuidado del pupilo a terceros que le rindan cuentas a él.

Así las cosas, podemos decir que entre tutor y pupilo es mínima la posibilidad de encuadrarse los supuestos de violencia intrafamiliar a comparación de la Patria Potestad ejercidos por las personas que legalmente están obligadas y que conviven en el mismo domicilio con el menor de edad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Pero en ambos casos, tanto en la tutela como en la Patria Potestad queda muy abierto los criterios para ejercer la facultad de corrección, toda vez que en la actual sociedad mexicana son distintos los criterios a seguir, los cuales se consideran como necesarios o costumbres dependiendo de cada región y es frecuente observar en plana vía publica que los menores son agredidos física o verbalmente por sus ascendientes sin mediar las consecuencias físicas o psicológicas a largo plazo.

De lo anterior Marcel Planiol y Geoges Ripert <sup>43</sup>nos dicen que:

*"El tutor, responsable de dirigir la educación del menor, tiene como decía pothier, derecho para hacerse obedecer; la ley lo faculta para reprimir faltas graves y para pedir su detención, pero solo puede recurrir a este recurso extremo con el consentimiento del consejo de familia"*

En México, consideramos que el tutor que se encuentre en la necesidad de ejercer el derecho de corrección, deberá solicitar autorización al curador, al consejo de familia y en su caso al juez de lo familiar a fin de que la corrección aplicable no implique peligro para la persona del menor y sirva de manera efectiva a la educación y aprendizaje del pupilo, y de esa manera no caer en otros supuestos contraproducentes que inclusive puedan tipificarse como algún delito o responsabilidad de otra índole.

Por otro lado, no debemos dejar pasar por alto lo dispuesto por el artículo 1919 del Código Civil, y que a la letra dice:

---

<sup>43</sup> Marcel Planiol y Georges Ripert, "Derecho Civil", (Traducción de Leonel Pereznieta Castro). Ed. Pedagógica Iberoamericana, México D.F, 1996. p. 302

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"Los que ejercen la Patria Potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos"*

De lo anterior se concluye que los que ejercen la Patria Potestad tiene la facultad de corregirlos para evitar que causen daños a terceros o así mismos.

El artículo 424 del mismo ordenamiento legal dispone:

*"El que esta sujeto a Patria Potestad no puede comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez."*

La Patria Potestad esta encaminada al cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad no emancipado, la representación legal de este será ejercida por los padres y a falta de ellos por los abuelos.

Los menores de edad tienen incapacidad natural y legal, según lo dispone el artículo 450, fracción I del Código Civil, que se relaciona con el artículo 23 del propio ordenamiento, aun cuando tienen plena capacidad de goce, no así de ejercicio, es por ello que requieren de un representante legal, que en este caso serian los que ejercen la Patria Potestad.

En contradicción con lo anterior, invocamos lo dispuesto por el artículo 24 del mismo ordenamiento que dispone que el mayor de edad

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley; ya sabemos que la mayoría de edad, y por tanto la capacidad de ejercicio, se adquiere a los 18 años cumplidos, según lo dispone el artículo 646 del Código Civil; De tal suerte que los menores de edad no emancipados están impedidos para determinar por si mismos y administrar sus bienes.

Al igual que la Guarda y Custodia del menor de edad, la institución de la representación legal obra en beneficio de los menores, para su mejor protección, siendo la representación legal quien suple la incapacidad del menor en todos los actos jurídicos que incumban al menor, ya que por el simple hecho de ser personas tienen capacidad de goce, no así de la capacidad de ejercicio.

Aunque el artículo 424 del Código Civil expresa que el que esta sujeto a Patria Potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligaciones, sin expreso consentimiento de quien ejerza la Patria Potestad sobre él, lo cierto es que el menor de edad no emancipado no podrá contraer obligaciones ni comparecer a juicio, aun cuando mediara consentimiento expreso de quien ejerce la Patria Potestad; el menor de edad solo puede hacer valer sus derechos mediante la actuación de su representante legal, es decir, del que esta en ejercicio de la Patria Potestad.

Los actos celebrados por el representante legal del menor en esa calidad, recaerán en el patrimonio de este último

En la tutela, el tutor se encuentra obligado a la administración de, los bienes del menor y a rendir cuentas sobre su actuación, a percibir un

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

salario por sus servicios y a cubrir los gastos que generen el cuidado del menor y mantenimiento de los bienes, lo anterior de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 537 del Código Civil.

En relación a los bienes

Líneas atrás hemos expresado que la Patria Potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes (artículos 23, 24, 646, y 647 del Código Civil), por su parte el artículo 425 del mismo ordenamiento dispone:

*"Los que ejercen la Patria Potestad son los legítimos representantes de los que están bajo ella, y tienen la administración legal de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".*

El anterior artículo tiene su importancia, porque si bien es cierto, parecería que un menor de edad, por este simple hecho siempre va a carecer de bienes muebles e inmuebles, es totalmente falso, pues un menor de edad puede adquirir, aunque se encuentra bajo Patria Potestad, y se dividen en bienes que adquieren por su trabajo y bienes que adquieren por cualquier otro título, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 428, del Código Civil.

En relación a los bienes depende de la manera en que se hayan adquirido los mismos, pues será la manera de administrarlos: Tenemos que los bienes adquiridos por cualquier otro título distinto a los que se



***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

adquieran por su trabajo, de conformidad con el artículo 426 del Código Civil, serán administrados por los ascendientes, siendo en primer lugar los padres y a falta de ellos los abuelos o por los adoptantes, en caso de que a la vez sea ejercitada la Patria Potestad por ambos padres o por ambos abuelos o si en su caso son dos los adoptantes, decidirán entre ambos quien de ellos será el administrador, pero el designado consultara a su consorte y requerirá de su consentimiento para los actos importantes de la administración, así también de acuerdo con el artículo 427, representara al menor en juicio, pero no podrá celebrar arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, O con autorización judicial cuando así la ley lo requiera.

Los bienes que el menor adquiera por su trabajo, a éste le pertenece la propiedad, la administración y el usufructo con exclusión de los padres. Aunque durante su menor edad, requiere de la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar los bienes inmuebles y de un tutor para negocios judiciales.

Si el menor de edad tiene capacidad para adquirir bienes por su trabajo, tiene la capacidad para administrar dichos bienes y para disponer de ellos libremente, con las limitantes expuestas.

En relación a los bienes que el menor adquiera por cualquier otro titulo, que no sea su trabajo (herencia, legado, donación o don de la fortuna), pertenecen al menor, pero la administración de los mismos corresponde a quienes ejerzan la Patria Potestad en los términos que ya hemos señalado.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"Los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman parte del patrimonio y a la percepción de frutos que este produzca".<sup>44</sup>*

Es importante no perder de vista como adquiere el menor los bienes, pues de adquirirlos por causas ajenas a su trabajo, como ya se ha dicho la administración corresponde a quienes ejercen la Patria Potestad y del usufructo de los bienes del menor, la mitad pertenece al hijo y la otra mitad a las personas que ejercen la Patria Potestad. El varón y la mujer que ejerzan la Patria Potestad conjuntamente, se dividen entre sí por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

En el caso de quienes ejerzan la Patria Potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, si esta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta por los que ejerzan la Patria Potestad.

Si el menor de edad hereda o le ha sido donado el usufructo de ciertos bienes, el testador o el donante puede excluir de la parte que les correspondiera a quienes ejerzan la Patria Potestad destinando esa porción al hijo o a determinado fin por el señalado.

De conformidad con el artículo 431, los padres pueden renunciar a su derecho de la mitad del usufructo, haciendo constar esa renuncia por escrito, lo anterior porque se trata de un derecho privado que no afecta directamente el interés público, ni perjudica a terceros, y esta renuncia a favor del hijo se considera como una donación.

---

<sup>44</sup> Galindo Grafiás, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. Ed. Porrúa. México, edición 25, 2007. p. 382.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Las facultades de administración que se conceden a los que ejercen la Patria Potestad tiene como propósito la conservación de los bienes del menor y los actos de disposición son contrarios a este principio, por eso el artículo 436, dispone que los que ejercen la Patria Potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes muebles y los muebles preciosos que pertenezcan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez competente.

Puede ocurrir que en algún caso y en protección de los interés del menor, sea necesario que quienes ejerzan la Patria Potestad tengan que disponer de ciertos bienes del hijo, lo que podrá lograrse previa autorización del juez de lo familiar, cuando se justifique la necesidad o el beneficio que a aquel reporte la disposición de sus bienes.

A las limitaciones establecidas por el artículo 436, la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor, si ya tiene catorce años, con intervención del ministerio publico en todo caso, para recurrir al juez de lo familiar a fin de impedir que por mala administración de los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Si el juez autoriza la enajenación de un bien inmueble o mueble precioso propiedad del menor, tomara las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destino y para que el resto se invierta en forma segura.

El usufructo se extingue, por la mayoría de edad del hijo, o bien por la emancipación en virtud del matrimonio del mismo; por perdida de la Patria Potestad o por renuncia.

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

En cualquier caso los que ejerzan la Patria Potestad tienen la obligación de rendir cuentas sobre la administración de los bienes al hijo, además de entregar al hijo todos los bienes y frutos que le pertenecen.

En caso de existir algún interés opuesto entre los que ejercen la Patria Potestad y el menor de edad, estos serán representados por un tutor nombrado por el juez de lo familiar para el caso especial. A fin de que lo represente en juicio y fuera de juicio.

En la tutela el artículo 519 y subsiguientes disponen como regla general la obligación de prestar caución para asegurar el manejo de su cargo, consistente en hipoteca, prenda o fianza, diferencia notable a comparación de la Patria Potestad ya que la finalidad de la tutela es garantizar el buen manejo en la administración de los bienes del menor que se encuentra legalmente impedido para hacerlo y el cual forma parte de su patrimonio, siendo que las consecuencias que se deriven de tal administración repercutirán en primer lugar en el pupilo, consecuencias que deben ser en su beneficio.

#### **1.4.- FORMAS DE EXTINGUIRSE**

En principio la Patria Potestad no es renunciable, sin embargo, debemos decir que la Patria Potestad puede acabarse, perderse, suspenderse o excusarse.

Aunque como veremos al concluir este trabajo, la Patria Potestad si es renunciable.

Así las cosas de conformidad con el artículo 443 del Código Civil:

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"La Patria Potestad se acaba*

*I.- Con la muerte de quien la ejerce, si no  
hay otra persona en quien recaiga;*

*II.- Con la emancipación derivada del  
matrimonio;*

*III.- Por la mayor edad del hijo;*

*IV.- Con la adopción del hijo;*

*V.- Cuando el que ejerza la Patria Potestad,  
lo entregue a una Institución Pública o Privada de  
Asistencia Social legalmente constituida, para ser  
dado en Adopción de conformidad con lo dispuesto  
por el artículo 901 bis del Código de  
Procedimientos Civiles".*

Por otro lado como ya hemos dicho la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos, por lo que la persona que llega a esta edad deja de estar sometido a la Patria Potestad. Y solo para el caso de que el mayor de edad este disminuido o perturbado en su inteligencia o padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, se le impondrá un tutor, que generalmente recae en aquellos que ejercían la Patria Potestad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

El matrimonio de un menor de edad da como resultado la emancipación y como consecuencia de ello la extinción de la Patria Potestad, pero si el matrimonio llegase a disolverse, el emancipado no recae en Patria Potestad (artículo 641 del Código Civil).

Ya ha quedado establecido quienes son las personas que ejercen la Patria Potestad, y así hemos dicho que son los padres, los abuelos paternos o los maternos según sea el caso, sin embargo, cuando no exista ninguna persona, o estas no puedan ejercer la Patria Potestad, nadie más la podrá ejercer, aun cuando el hijo sea menor de edad. En este caso se nombrará tutor, o en su defecto mediante una adopción el menor recaerá en Patria Potestad.

De conformidad con el artículo 444 las causales de pérdida de Patria Potestad, son las siguientes:

*"La Patria Potestad se pierde por resolución judicial:*

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

*II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código;*

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

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*IV.- El incumplimiento de la obligación alimentaría por más de noventa días sin causa justificada;*

*V.- por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;*

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

*VII.- cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”*

La primera fracción, nos dice que la Patria Potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de este derecho.

Esta fracción presupone una decisión judicial que debe estar fundada en una causa que justifique legalmente la pérdida, según dispone el artículo 200 del Código penal.

El artículo 283 del Código Civil mencionado en la fracción II, otorga al Juez una amplia facultad discrecional para decidir todo lo concerniente a la Patria Potestad en los casos de divorcio (artículos 283, 284 y 285 del Código Civil). Es decir, que el Juez que decreto el divorcio, en uso de esa facultad podrá decretar la pérdida de la Patria Potestad de uno o de ambos padres.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

La Patria Potestad la pierde el que es condenado a ello, pero la continua ejerciendo cualquiera otra persona de las señaladas en el artículo 414 del Código Civil como ya se ha dicho, solo cuando no exista persona alguna quien la ejerza, la Patria Potestad se acaba, según lo dispone el artículo 443 del mismo ordenamiento legal en comento.

La fracción III del artículo en estudio, el legislador quiso salvaguardar los intereses del menor ante cualquier situación que pudiera comprometer su salud física o mental, en este caso inclusive ambos padres pueden ser condenados a la perdida de la Patria Potestad siempre que constituya una causa suficiente para su perdida y en caso de no existir mas ascendientes el menor caerá en tutela.

En relación a la fracción IV, se refiere al abandono que un progenitor hace de sus hijos menores de edad no emancipados, el abandono se debe extender por mas de noventa días y debe consistir en el incumplimiento de la obligación alimentaría.

La fracción V, refiere al abandono físico por mas de tres meses, sin causa justificada, en este caso creemos que ningún abandono de los hijos puede ser justificado. Pero en cualquier caso, esta fracción de una o de otra manera esta contemplada en la fracción precedente.

La fracción VI, anteriormente estaba contemplada en la fracción I del propio artículo, y también pensamos que dicha fracción esta contemplada en la fracción III, pues si un progenitor es condenado dos veces o más por un delito grave es lógico que afecta la salud mental del menor sobre el cual ejerce la Patria Potestad.



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En cuanto a la fracción VII, creemos que debe agregarse la leyenda, "ejecutoriada", y de cualquier manera determinar si el delito que es grave, puede afectar el buen desarrollo del menor, esto es, si el menor puede salir afectado por las conductas ilícitas del progenitor, tal suerte que el padre puede cometer delitos graves, pero que sin embargo no afecten ni la salud física ni moral del menor, verbigracia, aquel menor que vive y estudia en el extranjero, mientras su progenitor se dedica a la venta de estupefacientes y el menor ignora ese hecho.

El artículo 447 del Código Civil, indica cuando se suspende la Patria Potestad:

*"La Patria Potestad se suspende:*

*I.- Por incapacidad declarada judicialmente;*

*II.- Por ausencia declarada en forma;*

*III.- Cuando el consumo del alcohol, el habito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de salud y de las licitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;*

*IV.- por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*V.- cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes, menores por parte de quien conserva la Custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado;*

*VI.- por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.”*

El ejercicio de la Patria Potestad, puede suspenderse temporalmente por el tiempo que subsista algunas de las causas señaladas en las fracciones I y II antes mencionadas, y por él termino que fije la sentencia que conforme a la fracción III imponga esa suspensión también puede suspenderse en el caso del artículo 295 del Código Penal.

Sin embargo, las causas que originaron la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad, pueden desaparecer, ya sea porque el incapacitado recobre su capacidad de ejercicio, ya sea que el ausente regrese, y como consecuencia las causas de suspensión judicial desaparecen. En estos casos, se recupera la Patria Potestad, pero se requerirá de la intervención judicial para que se declare que se ha recobrado de nuevo el ejercicio de la Patria Potestad.

La Patria Potestad como ya se sabe, es irrenunciable, pero también es excusable y al efecto, el artículo 448 del Código Civil dispone:

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*"La Patria Potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:*

*I.- Cuando tengan más de 60 años cumplidos;*

*II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño."*

El artículo en comento es tajante y preciso; la Patria Potestad no es renunciable, entendemos también que la Patria Potestad no es objeto de transacción o de convenio, se puede acabar, se puede perder, e inclusive se puede excusar de su ejercicio o se puede suspender, lo que no indica que el excusarse sea una renuncia de este derecho.

La edad avanzada del progenitor no esta incluida como causal de perdida de la Patria Potestad, entre las señaladas por el artículo 444 del Código Civil, y de acuerdo con el artículo 448 del mismo ordenamiento, aquellas personas a quienes corresponde ejercerla, tienen solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan 60 años cumplidos, por lo que en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor o de la persona en que recaiga su ejercicio, no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de perdida de la Patria Potestad. Según criterio sostenido por el máximo tribunal del país (informe 1976, número 62, página 63) que nos dice que la excusa para ejercer la Patria Potestad es un derecho de las personas que se encuentran en la situación prevista por el artículo en estudio, no es una causa de perdida de la misma.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En la tutela, el artículo 606 del Código Civil dispone las formas de extinción de la tutela, siendo por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad y cuando el incapacitado sujeto a la tutela entre a la Patria Potestad, por reconocimiento o por adopción.

Como se desprende de la lectura de ese artículo se reitera el concepto de que la Patria Potestad es transmisible en casos de adopción.

Pero aunado a lo anterior, la tutela puede ser excusable de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 511 del Código Civil, siendo estas excusas principalmente por el encargo de otros menores o incapaces, encontrándose físicamente impedido para ello, no contar con los conocimientos necesarios, ejercer cargos como servidores públicos y por no contar con los recursos suficientes, siendo totalmente distinto a las causas por las cuales termina la Patria Potestad.

**CAPÍTULO SEGUNDO  
ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

**2.1.- CONCEPTO.**

De acuerdo a los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara<sup>45</sup> la Custodia es:

*"Guardar o cuidado de una cosa ajena vigilancia  
ejercida sobre persona privada de libertad por  
autoridad competente".*

---

<sup>45</sup> De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa. México, 1984. p. 196.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En la tutela, el artículo 606 del Código Civil dispone las formas de extinción de la tutela, siendo por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad y cuando el incapacitado sujeto a la tutela entre a la Patria Potestad, por reconocimiento o por adopción.

Como se desprende de la lectura de ese artículo se reitera el concepto de que la Patria Potestad es transmisible en casos de adopción.

Pero aunado a lo anterior, la tutela puede ser excusable de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 511 del Código Civil, siendo estas excusas principalmente por el encargo de otros menores o incapaces, encontrándose físicamente impedido para ello, no contar con los conocimientos necesarios, ejercer cargos como servidores públicos y por no contar con los recursos suficientes, siendo totalmente distinto a las causas por las cuales termina la Patria Potestad.

**CAPÍTULO SEGUNDO  
ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

**2.1.- CONCEPTO.**

De acuerdo a los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara<sup>1</sup> la Custodia es:

*"Guardar o cuidado de una cosa ajena vigilancia  
ejercida sobre persona privada de libertad por  
autoridad competente".*

---

<sup>1</sup> De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa. México, 1984. p. 196.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

En relación al vocablo Guardar el autor sostiene:

"Cuidar, Custodiar, vigilar, cumplir".<sup>2</sup>

Por su parte el Diccionario Enciclopédico Abreviado, sobre el particular expresa:<sup>3</sup>

*"Custodia. Fr., Garde; It., Custodia; I., custody, safekeeping; a., Wache. Fr., ostensor, Monstrance, Custode; It., Ostensorio; I., Ostensorium, monstrance, Custodia; a., Monstranz. (Del latín custodia) F. Acción y efecto de Custodiar a un preso. Pieza de oro, plata u otro metal, en que se expone el Santísimo Sacramento a la pública veneración. Tabernáculo. En la orden de San Francisco, agregado de algunos conventos que no bastan para formar provincia. F. Mil. Sinónimo de guardia. Así se dice Custodia de documentos, de caudales, etc..."*

El mismo diccionario respecto al vocablo Custodiar, expresa:

*"(Del Latín Custodiare, por custodiere) tr. Guardar con cuidado y vigilancia".*

Creemos que tales acepciones no son adecuadas al presente trabajo ya que las mismas no diferencian entre lo que es cosa y ser humano, toda

---

<sup>2</sup> Ibidem. P. 286.

<sup>3</sup> Diccionario Enciclopédico Abreviado. Ed. Espasa Calpe. Tomo III. Madrid, 1957. pág. 111.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

vez que la Custodia se puede ejercitar sobre un ser humano o sobre una cosa.

En el caso concreto y en especial tratándose de este trabajo recepcional se pretende acreditar que la Guarda y Custodia es diferente de la Patria Potestad; En consecuencia las definiciones anteriores son equívocas toda vez que la Guarda y Custodia también es aplicable a los seres humanos, para darnos una amplitud más exacta de lo que es realmente la Custodia, al caso concreto nos remitimos al Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000 y que a la letra dice:<sup>4</sup>

En relación con la guarda y custodia la cual se ejerce de la misma manera sobre los seres humanos y de las cosas existiendo diferencia substancial en la idea expresada teniendo en cuenta que sería un absurdo jurídico estimar al ser humano como cosa.

No obstante lo anterior permanece la idea de que la guarda y custodia no hace diferencia en la explicación en general.

Asimismo se puede decir que la guarda y custodia en su acepción escrita solo guarda relación con los seres humanos atento al principio de voluntad expresada en sus formas diferentes esto es, por acción u omisión que ha su vez generan consecuencias de naturalezas diferentes y a virtud de esa diferencia en derecho como un saber científico se ha desarrollado y especializado en materias esto es; en materia civil, mercantil, penal, laboral, etc. Pero también estamos concientes de que todo este mundo jurídico tiene un punto de partida y encuentro el ser humano para abundar

---

<sup>4</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

en el concepto anterior transcribo parte del diccionario jurídico 2000 que en la parte que interesa establece lo siguiente:

*"Proviene del latín custos que significa Guarda o guardián y ésta a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de Custodiar o sea Guardar con cuidado alguna cosa.*

*En derecho romano tuvo dos acepciones: en derecho penal y en derecho Civil. En este último significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un "bonus pater" familias. En general esa clase especial de diligencia debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros.*

*Especialmente, la Custodia ha sido el objeto y la esencia del contrato de depósito. En Derecho Romano, en un principio debía haber convenio expreso para que existiera la obligación de cuidado con la clase especial de diligencia antes mencionada; posteriormente, se consideró que debía establecerse la obligación aun sin el convenio expreso de los interesados, exceptuándose los casos de fuerza mayor. La obligación de Custodia variaba en el contrato de depósito según fuera*



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*voluntario o necesario, considerándose más rigurosa en el segundo caso puesto que el depositante no podía elegir al depositario.*

Como podemos ver dentro del derecho mexicano no es muy común usar la palabra Custodia, pues excepcionalmente lo encontramos en algunas disposiciones legales como las siguientes: que se refieren a la facultad de corrección que se concede a quienes ejercen la Patria Potestad o tienen hijos bajo su Custodia; en el caso de secuestro sobre bienes muebles que no sean dinero, alhajas, ni créditos, el depositario tendrá el carácter de custodio de los objetos puestos a su cuidado; también se refiere al contrato de depósito, y determina que el depositario contrae la obligación de Custodiar el bien, y dentro del derecho romano establece que "el depositario se obliga a Guardar el bien y conservarlo con la diligencia de un buen padre de familia si el depósito es oneroso y si es gratuito con el cuidado y diligencia que emplee en sus propios bienes.

*En otras disposiciones legales en que efectivamente hay Custodia, pues el sentido es precisamente la Guarda de una persona o cosa con toda diligencia y cuidado, se emplean frases como: "poner a los hijos al cuidado de" («a.» 282, «fr.» VI, «CC»); "los hijos quedarán en poder de" («a.» 283 «CC»); "a quien sean confiados los hijos" («a.» 273, «fr.» I, «CC»); "Guarda de la persona y bienes" («a.» 499 «CC»).*

*En derecho penal Custodia es la persona o escolta que vigila a un preso a fin de que no escape, e*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*igualmente la acción y efecto de Custodiar a un  
preso.*

Así las cosas, la Guarda y Custodia también se ejercen sobre las personas, esencialmente sobre los menores de edad, o aquellas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismos.

Sostenemos que en nuestro Derecho Positivo Mexicano, existe una confusión entre lo que es la Patria Potestad y lo que es la Guarda y Custodia.

En efecto como ya se vio en el capítulo que antecede y de acuerdo a las características que nos da el propio artículo 411 del Código Civil, la Patria Potestad es una relación de respeto entre ascendientes y descendientes, no importando cual sea la edad, condición o estado.

En consecuencia por lo que hace a la Guarda y Custodia, es el hecho mismo de cuidar de la persona y a los bienes de este.

Por eso creemos firmemente que cuando el juez de lo familiar condena a la pérdida de la Patria Potestad, esta en un error, pues lo que realmente condena es a la pérdida de la Guarda y Custodia, pues la Patria Potestad jamás puede ser suprimida tal y como lo dispone el artículo en comento, ya que se trata de una relación de respeto entre ascendientes y descendientes no importando edad condición o estado Civil.

## **2.2.- SUJETOS**

Los sujetos que intervienen en la relación de Guarda y Custodia resultan ser los mismos sujetos que intervienen en la relación de Patria Potestad, y a falta de estos, al menor de edad o incapacitado se le nombrara un tutor, así que solo haremos en este capítulo algunas precisiones:

De la definición que arroja el diccionario jurídico 2000, desarrollo jurídico, antes mencionado, se desprende que la Custodia no solo se aplica a los bienes, pues igualmente se aplica a las personas, esta Guarda y Custodia de las personas, pueden recaer sobre menores de edad, o bien mayores de edad que no pueden gobernarse por si mismos, esto es que por una afectación de índole mental, física o moral, no puedan cuidarse, ni valerse por ellos mismos.

Luego entonces tenemos a los menores de edad, que siempre estarán bajo la Guarda y Custodia de otra persona hasta en tanto no alcancen la mayoría de edad o bien s emancipen, por lo que hace a las personas mayores de edad, que necesiten de otra persona para su cuidado y protección se le habrá de nombrar un tutor, veamos detenidamente ambos supuestos.

En principio el menor de edad estará bajo el cuidado de sus progenitores, y a falta de ellos quienes ejercerán esta Guarda y Custodia serán los ascendientes más cercanos.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

A falta de estos, deberá tener un tutor, llamase tutor testamentario, legitimo o dativo, de tal suerte que esta Guarda y Custodia permanecerá sobre el menor y sus bienes hasta que alcance la mayoría de edad.

Esto es, la Patria Potestad, de conformidad con el artículo 411 del Código Civil, es una institución permanente, entre ascendientes y descendientes y que de acuerdo a los efectos de la misma siempre subsistirá no impostando el estado, la edad o condición, y en relación a la Guarda y Custodia esta será la sombra de aquella, y durara mientras el sujeto sea menor de edad o ya cumplida su mayoría se encuentre imposibilitado para valerse por si mismo.

Así las cosas la Patria Potestad es una institución permanente mientras exista un ascendiente, y no así la Guarda y Custodia que aun existiendo algún ascendiente esta puede desaparecer bien por la mayor edad del descendiente o bien porque el mayor de edad a dejado de tener la incapacidad que en algún momento por razón de no poderse gobernar por sí solo se le impuso un tutor.

Entonces concluimos que los sujetos que interviene en la Guarda y Custodia son:

Por lo que hace a los sujetos pasivos serán:

El menor de edad.

El mayor de edad que no puede gobernarse por sí mismo.

En relación a los sujetos activos, son:

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Los ascendientes, en primer lugar ambos padres, si faltare alguno de ellos, o se encuentre imposibilitado de derecho o de hecho ejercerá la Guarda y Custodia el otro progenitor.

A falta de ambos padres, ejercerá la Guarda y Custodia los abuelos, ya sean los paternos o los maternos, o solo uno de ellos.

No existiendo ascendientes se le impondrá al menor o al mayor incapacitado un tutor, el testamentario si existe disposición expresa, a falta de éste, será un tutor legítimo, en donde el pariente mas cercano excluirá al mas lejano en este ejercicio, y a falta de parientes, entonces se le nombrara un tutor dativo, que el juez de lo familiar designara de la lista de las personas que tiene para ese efecto.

### **2.3.- EFECTOS**

Al tratar el tema de los efectos de la Patria Potestad, señalamos que de conformidad con el Código Civil, los efectos de la Patria Potestad podemos dividirlos en dos; en relación a la persona del menor y en relación sobre los bienes del mismo.

Sin embargo, tal y como ya lo hemos anotado, nuestro Código Civil confunde la Institución de la Patria Potestad, con la Guarda y Custodia, veamos:

De tal suerte que por ejemplo al Código Civil en su artículo 413, refiere que la Patria Potestad se ejercerá sobre la persona y los bienes de los hijos, tal artículo entra en franca contradicción con el artículo 411, pues la Patria Potestad es el respeto y consideración entre ascendentes y

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

descendientes, y en todo caso la Guarda y Custodia, esta si, se ejerce sobre la persona y los bienes.

Así las cosas, todo lo expresado en el Título Octavo del Libro Primero del Código Civil, en su mayor de las veces se refiere a la Guarda y Custodia, pues como ya se ha indicado la Patria Potestad tiene otros efectos, y es permanente, no se pierde, no se suspende y no tiene limitaciones, en tanto la Guarda y Custodia si se extingue: en la mayoría de los casos cuando el menor de edad alcanza la mayoría de edad, esto es a los 18 años cumplidos, o bien si se emancipa en virtud de su matrimonio.

Aunque hay que aclarar que si el que ha cumplido la mayoría de edad no puede valerse por si mismo, ya sea por una incapacidad mental, física o moral, estará bajo la Guarda y Custodia de un tutor, el que se le nombrara conforme lo señala el Título Noveno del Libro Primero del Código Civil.

#### **2.4.- FORMAS DE EXTINGUIRLOS**

La Guarda y Custodia en Derecho de Familia, en esencia es cuidar del menor de edad no emancipado o del mayor de edad que no puede gobernarse por si mismo, así mismo consiste en administrar los bienes de estas personas, que por las mismas razones, no pueden hacerlo ellos mismos.

Entonces si la Guarda y Custodia consiste en Guardar del menor de edad, esto quiere decir que el menor de edad al llegar a su mayoría de edad, dejara de estar bajo la Guarda y Custodia.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Otro supuesto, es en el caso de que el menor de edad se emancipe en virtud del matrimonio, igualmente en este caso este menor de edad dejara de estar bajo la Guarda y Custodia de la persona a quien el corresponda ejercitarlas.

Una excepción a lo anterior la encontramos en aquellas personas mayores de edad, que no pueden gobernarse por si mismos, en este caso, siempre tendrán un tutor que los cuide.

En todos los casos la Guarda y Custodia serán sobre las personas y sobre los bienes, es decir sobre estos últimos habrá que administrarlos.

En este tenor, la Guarda y Custodia puede perderse, suspenderse o limitarse.

Se puede perder, limitarse o suspenderse por condena judicial, que así lo ordene siempre atendiendo al interés superior del menor.

Lo que quiere decir, que un juez de lo familiar (o penal), puede condenar a la pérdida de la Guarda y Custodia de un hijo, atendiendo el interés superior de éste, pero jamás puede condenar a la pérdida de la Patria Potestad.

Igualmente la Guarda y Custodia puede extinguirse y esto se da cuando muere el menor de edad o el mayor de edad incapacitado.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

#### **3.1.- DE LA PATRIA POTESTAD.**

Recordemos que la Patria Potestad, es una institución que adoptamos del Derecho Romano, el cual nos llega por varias vías, siendo la principal al aplicar en la Nueva España, las leyes en algunos casos adecuadas que se aplicaban en España.

Otra vía fue el derecho Francés, propiamente el Código de Napoleón, que sirvió de modelos para los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y que a su vez estos sirvieron de modelo para el Código que actualmente nos rige.

En ambos casos, tanto en el derecho Español, como en el Derecho Francés, se encuentran marcados por la influencia del derecho Romano.

Es pues, el Derecho Romano, quien da la pauta para nuestro derecho positivo mexicano.

El derecho Romano, funcionaba en base a un sistema Patriarcal muy acentuado, recordemos que era el paterfamilias, quien tenía el dominio de sus Domus (casa), incluso hubo épocas en que tenía el derecho de la vida y la muerte sobre los miembros de su familia.



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

El sistema Patriarcal se componía de la siguiente manera:

Tal y como ya lo hemos señalado, por una parte se encontraba el Paterfamilias (sui iuris) y por otra parte todos los demás miembros de la familia (alieni iuris), este grupo estaba compuesto por la esposa si se encontraba casada cum manu, los hijos hasta el infinitum, no importando su edad, mientras no se les emancipara, los hijos de sus hijos, los esclavos.

De tal suerte que el sui iuris, solo podía ser el paterfamilias varones, siendo el miembro mas viejo de la familia, quien además era el dueño absoluto de los actos de los alieni iuris, les impartía justicia, y a la vez era el gran sacerdote de la domus, ofrecía y dirigía los ritos religiosos privados de la familia hacia sus antepasados.

Sus descendientes no podían tener la calidad de sui iuris, no importando la edad de estos, y solo se podían convertir en paterfamilias por la voluntad de su ascendiente, mediante la mancipium, esto es la venta ficticia por tres veces del descendiente.

Con el correr de los años, esta figura fue adquiriendo diversas connotaciones, y perdiendo su esencia romana, pues hoy en día, por ejemplo en nuestro Derecho Positivo Mexicano, se extingue la Patria Potestad cuando el hijo cumple 18 años entre otras causas, sin embargo nuestro legislador no es muy claro al respecto, y nuevamente nos remitimos al artículo 411 del Código Civil, que establece que la Patria Potestad es un institución permanente, pues su vigencia no tiene ataduras, en lo que respecta a la edad, estado o condición, es decir de alguna manera el legislador conservo la esencia romana de la Patria Potestad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Así las cosas, creemos que la Patria Potestad es una figura totalmente diferente a la Guarda y Custodia, pues mientras la primera es permanente mientras vivan los sujetos activos y pasivos, la segunda puede extinguirse, acabarse, suspenderse o bien condenada judicialmente a su pérdida.

Imaginemos que el juez de lo familiar condena a uno de los progenitores a la pérdida de la Patria Potestad (en la realidad así sucede, malamente) entonces de acuerdo al multicitado artículo 411, el menor de edad ya no le deberá respeto, ni consideración alguna a su progenitor, lo cual va contra la propia naturaleza del ser humano.

Lo que en realidad condena el juez, es a la pérdida de la Guarda y Custodia, y esto se demuestra por los efectos que de ellos se deriva, es decir, el padre condenado a la "*perdida de la Patria Potestad*" (en realidad Custodia), no podrá decidir ni sobre la educación, ni moral, ni escolar del menor, tampoco sobre que religión debe adoptar, ni podrá decidir sobre permisos, ni sobre la persona, y mucho menos sobre los bienes del menor, etc. etc.

Entonces los efectos reales de la Patria Potestad, consideramos es un aspecto totalmente moral que existe entre ascendientes y descendientes y que siempre existirá, no importando edad, condición o estado de los partícipes.

Y por lo mismo estamos de acuerdo con lo expresado en el artículo 448 en su primer párrafo, en el sentido de que la Patria Potestad no es renunciable, pues en todo caso a lo que se refiere la ley, es a la Guarda y

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

Custodia, que por cierto tampoco debe ser renunciable, en el caso de los progenitores.

En este orden de ideas, la Patria Potestad no es excusable, y en todo caso si pueden excusarse el ejercicio de la Guarda y Custodia siempre y cuando tal y como lo dispone el artículo en comento, siempre y cuando se tenga mas de sesenta años, o bien que al que corresponde ejercitarla por su mal estado de salud, no pueda realizar dicha encomienda.

### **3.2.- DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

Los efectos reales de la Guarda y Custodia, son como se indica, Guardar y Custodiar al menor de edad no emancipado o bien al mayor de edad afectados de sus facultades y que no pueda gobernarse por sí mismo.

Además a quien corresponda la Guarda y Custodia, también corresponderá la administración de los bienes del incapaz.

No debemos dejar pasar por alto, que puede darse el caso, que sobre una persona recaiga ambas figuras, esto es tratándose de los padres, estos tendrán la Patria Potestad sobre sus hijos, pero también la Guarda y Custodia de los mismos y de sus bienes, sin embargo puede darse el caso de que sea uno solo de los progenitores que tenga ambas figuras, y el otro solo la Patria Potestad, como por ejemplo en los casos de que a consideración del juez, condene a uno de ellos a la perdida de la Guarda y Custodia en atención al bien supremo del menor de edad, sin embargo el que perdió la Guarda y Custodia necesariamente seguirá conservando la Patria Potestad.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Otro caso sería, que el menor de edad sin ascendientes alguno, no tuviera quien ejerza la Patria Potestad, en cuyo caso necesariamente tendrá un tutor, quien solo se limitara a la Guarda y Custodia del menor y de sus bienes.

Uno mas, seria el del mayor de edad incapacitado, que teniendo ascendientes, estos seguirían ejerciendo la Patria Potestad, pero además tendrán la calidad de tutores de su hijo.

Igualmente puede darse el caso de aquellos progenitores que estando o no casados uno de ellos sea condenado a la perdida de la Guarda y Custodia, sin embargo no implica que se pierda la Patria Potestad.

Finalmente tenemos al menor emancipado, en este caso, el menor que se emancipa en virtud del matrimonio seguirá sujeto a la Patria Potestad de sus ascendientes, no así, a la Guarda y Custodia de ellos.

En la Guarda y Custodia, se sobreentiende, que existe una obligación tratándose de los ascendientes a proporcionar alimentos a sus descendientes, independientemente de que guarden y custodien al menor.

En el apartado V de este capítulo al tratar las propuestas de reformas al Código Civil, se ampliaran y precisaran los efectos reales y verdaderos de la Guarda y Custodia.

Finalmente expresaremos que en caso de divorcio, ya sea este necesario o voluntario ambos padres conservan la Guarda y Custodia, lo que finalmente sucede es que solo uno de los progenitores lo tendrá a su

***VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA***

lado, bajo su techo, pero ello no implica que la Guarda y Custodia se le adjudique al padre que lo tenga viviendo en su domicilio.

Y solo en el caso de que el juez de lo familiar, en interés supremo del menor condene a la pérdida de la Guarda y Custodia, entonces si, el progenitor que pierda este derecho no podrá decir sobre el destino de sus hijos, sin que esto opte para que deje de suministrar alimentos, pues estos deben ser proporcionados bajo cualquier circunstancia.

Y en todos los casos, jamás se perderá el ejercicio de la Patria Potestad.

**3.3.- VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA  
DE LA PATRIA POTESTAD.**

Esta la consideramos como de orden público e interés social, y esto es así, si tomamos en consideración que la familia es la célula primaria de la sociedad, en donde debe imperar el respeto y consideración entre los miembros de la misma.

Pues de otra manera, si la familia no Guarda un principio de respeto y consideración, esta familia estaría condenada a desaparecer, y si desapareciera toda familia en nuestra sociedad, entonces desaparecería la sociedad, y ya no existiría un Estado, un país.

Por ello el Estado debe salvaguardar, regular, y precisar que en toda familia, ascendientes y descendientes, debe imponerse el respeto y

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

consideración mutua, tal y como se expresa en el artículo 411 del Código Civil.

De esa manera se conserva el interés supremo del menor, por ello. La institución de la Patria potestad es de orden público e interés social.

Pues si el estado obliga a cumplir el respeto entre ascendientes y descendientes, el menor, crecerá en un ámbito de respeto y consideración no solamente hacia sus padres, sino ante todo el mundo, de tal suerte que la familia será una institución fuerte, lo que le dará fortaleza a la sociedad, pues de no existir respeto, los valores y principios morales necesariamente se corromperán.

Por ello el Estado debe velar porque este principio de respeto y consideración entre los ascendientes y descendientes no se rompa, de ahí, que prevalezca el estado de derecho y se considere a esta institución como de orden publico e interés social.

**3.4.- VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA  
DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

La Guarda y Custodia tiene una doble función, es decir, versa sobre las personas y sobre los bienes de esta, en este último caso, encontramos un aspecto pecuniario, en este orden de ideas pensamos que su naturaleza jurídica, es tanto de orden publico e interés social, como de orden privado, por lo que hace a la administración de los bienes del incapaz.

De orden publico pues los hijos como futuro de la Patria deben ser resguardados y cuidados, es decir siempre existirá un interés supremo a

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

favor de los mismos, pues además su minoría de edad, los hace vulnerables ante cualquier adversidad, por ello las leyes y quien se encargue de aplicarlas, deben salvaguardar los intereses de los incapaces.

Por otra parte, también encontramos un aspecto económico, es decir la administración del patrimonio del incapaz, que por lo mismo, es decir por su incapacidad, no puede administrarlos, en cuyo caso le corresponderá en primer término administrarlos a aquellas personas que ejerzan la Patria Potestad sobre el menor, y posteriormente, si el menor no puede gobernarse por si mismo, se le nombrara un tutor quien sería la persona de administrar sus bienes.

En ambos casos, necesariamente hay que rendir cuentas, y esto conlleva en caso de discrepancia, acudir a los órganos de justicia, por eso decimos que en el aspecto patrimonial, la Guarda y Custodia es de orden privado, precisamente por su interés económico en el patrimonio del incapaz.

**3.5.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL  
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Las propuestas que se proponen son las siguientes:

Cambiar el nombre del título octavo, para quedar como sigue:

“Título Octavo

De la Patria Potestad y de la Guarda y Custodia”.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Modificar los siguientes artículos:

**TEXTO ACTUAL**

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos

ARTÍCULO 412.- Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

ARTÍCULO 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

ARTÍCULO 414.- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres.

Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

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

ARTÍCULO 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de

**TEXTO PROPUESTO**

De los efectos de la patria potestad **y de la guarda y custodia** respecto de la persona de los hijos.

ARTÍCULO 412.- Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo **la guarda y custodia** mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

ARTÍCULO 413.- La **guarda y custodia** se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

ARTÍCULO 414.- La patria potestad **y la guarda y la custodia** sobre los hijos se ejerce por los padres.

Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

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

ARTÍCULO 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, **y la guarda y custodia** ambos deberán continuar



**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.

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

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

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales 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.

con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio.

En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.

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

ARTÍCULO 417.- Los que ejercen **la guarda y custodia**, aun cuando no tengan **a su cargo los cuidados y atenciones de sus descendientes, tienen el derecho de convivencia con sus los mismos**, 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.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

ARTÍCULO 418.- Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor.

Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución

Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de **la guarda y custodia**, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de **la guarda y custodia** de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

ARTÍCULO 418.- Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga **la guarda y custodia** de un menor.

Quien **ejerza** la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

judicial.

ARTÍCULO 419.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

ARTÍCULO 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores.

Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

ARTÍCULO 421.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

ARTÍCULO 422.- A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

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

judicial.

ARTÍCULO 419.- La patria potestad **y la guarda y custodia** sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

ARTÍCULO 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad **y de la guarda y custodia** los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores.

Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad **y la guarda y custodia**, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

ARTÍCULO 421.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, **y/o bajo la guarda y custodia**, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

ARTÍCULO 422.- A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad **y la guarda y custodia**, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

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

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

corresponda.

ARTÍCULO 423.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

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

ARTÍCULO 424.- El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho.

En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

## CAPÍTULO II

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo

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

ARTÍCULO 426.- Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el

corresponda.

ARTÍCULO 423.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su **guarda y custodia**, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

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

ARTÍCULO 424.- El que está sujeto a la patria potestad **y la guarda y custodia**, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho.

En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

## CAPÍTULO II

De los efectos **de la guarda y custodia**, respecto de los bienes del hijo

ARTÍCULO 425.- Los que ejercen **la guarda y custodia**, son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

ARTÍCULO 426.- Cuando **la guarda y custodia**, se ejerza a la vez por el

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

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

ARTÍCULO 430.- En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad.

Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

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

padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

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

ARTÍCULO 430.- En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que **ejerzan la guarda y custodia**.

Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

ARTÍCULO 431.- Los padres **o quien ejerza la guarda y custodia** pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

lugar a duda.

ARTÍCULO 433.- Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

ARTÍCULO 434.- El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa

el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

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

ARTÍCULO 433.- Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza **la guarda y custodia**.

ARTÍCULO 434.- El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan **la guarda y custodia**, lleva consigo las obligaciones que expresa

el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

ARTÍCULO 436.- Los que ejercen **la guarda y custodia** no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al **menor**, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

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

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

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

ARTÍCULO 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;

II.- Por la pérdida de la patria

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

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

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

ARTÍCULO 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen **la guarda y custodia** se extingue:

I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;

II.- Por la pérdida de **la guarda y**

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

potestad;

III.- Por renuncia.

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

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

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

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

**custodia;**

III.- Por renuncia.

ARTÍCULO 439.- Las personas que ejercen **la guarda y custodia** tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

ARTÍCULO 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen **la guarda y custodia** tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

ARTÍCULO 441.- Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen **la guarda y custodia**, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

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



## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA**

Es indudable que el Derecho Romano tiene gran influencia en nuestro Derecho Positivo Mexicano, el cual nos llega a través del Código de Napoleón y del propio Derecho Español.

Así las cosas, en Roma la Patria Potestad era un imperium del PaterFamiliars, a quien era el Sui Iuris, y aquellos que se encontraban bajo esa potestad se le denominaba Alien Iuris.

En este contexto, el Sui Iuris ejercía la Patria Potestad sobre sus Alieni Iuris, no importando edad, condición o estado civil.

### **SEGUNDA**

Sin embargo, con el correr de los años, esta figura fue degenerando, sin que los legisladores comprendan realmente la institución de la Patria Potestad, pues inclusive la confunden con la Guarda y Custodia, de tal suerte que nuestro Código Civil, no define que es la Patria Potestad y más aun, confunde al impartidor de justicia y para este le da lo mismo Patria Potestad que Guarda y Custodia, y a mayor abundamiento el título respectivo se denomina "**De los efectos de la Patria Potestad, respecto de la persona de los hijos**"; jamás habla de la custodia, pues la ley la confunde con la Patria Potestad.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

Precisamente por ello nuestro trabajo recepcional pretende aclarar la verdadera naturaleza de la Patria Potestad y su diferencia con la Guarda y Custodia.

**TERCERA**

En esta tesis sostenemos que la Patria Potestad es Imprescriptible, de conformidad con los valores antes señalados que imperaban en el Derecho Romano (aunque la Patria Potestad podía extinguirse, pero solo por voluntad del Sui Iuris).

**CUARTA**

Esto es, tal como lo señala el artículo 411 del Código Civil vigente para el distrito Federal y que a la letra dice: *"En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto, la consideración mutuos cualquiera que sea su estado, edad y condición."*

Concluimos pues, que no importa la edad de los hijos, su estado (casado o soltero), y su condición, para que siempre impere tal y como lo señala el título respectivo: *"De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos"*.

**QUINTA**

Entonces, la patria potestad, es una situación que no admite condición alguna.

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

**SEXTA**

En relación a la guarda y custodia, diremos que es una situación, en donde el ascendiente temporal o permanente se queda al cuidado de sus descendientes, y de esa manera decidir sobre sus futuros. Esto es, decidir su educación, cultura, religión, permisos, ropa alimentación, etc.

**SÉPTIMA**

Entonces la gran diferencia entre Patria Potestad y La Guarda y Custodia es que la primera siempre será perene y la otra siempre será provisional esta última, puede terminar, bien por sentencia de un juez para uno de los progenitores, bien por emancipación en virtud del matrimonio, bien porque el menor alcance la mayoría de edad: la Patria Potestad de conformidad con el Derecho Romano, afianzada con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 411 del Código Civil, es decir jamás desaparece, salvo por la muerte de los ascendientes como de los descendientes.

**OCTAVA**

En este orden de ideas proponemos las siguientes modificaciones, en la inteligencia que las mismas se proponen para distinguir jurídicamente lo que es la Patria Potestad de la Custodia y de esa manera afianzar la verdadera naturaleza de la Patria Potestad:

Del libro primero, título octavo, de la patria Potestad

DEL NOMBRE DEL TÍTULO

*"De los efectos de la Patria Potestad **y de la guarda y custodia** respecto de la persona de los hijos".*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*ARTÍCULO 412.- Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo **la guarda y custodia** mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.*

*ARTÍCULO 413.- La **guarda y custodia** se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.*

*ARTÍCULO 414.- La patria potestad **y la guarda y la custodia** sobre los hijos se ejerce por los padres.*

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

*ARTÍCULO 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, **y la guarda y custodia** ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio.*

*ARTÍCULO 417.- Los que ejercen **la guarda y custodia**, aun cuando no tengan **a su cargo los cuidados y atenciones de sus descendientes, tienen el derecho de convivencia con sus los mismos**, salvo que exista peligro para éstos.*

*Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de **la guarda y custodia**, conforme a las*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.*

*El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de **la guarda y custodia** de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.*

*ARTÍCULO 418.- Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga **la guarda y custodia** de un menor.*

*Quien **ejerza** la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.*

*ARTÍCULO 419.- La patria potestad **y la guarda y custodia** sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.*

*ARTÍCULO 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad **y de la guarda y custodia** los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores.*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad **y la guarda y custodia**, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.*

*ARTÍCULO 421.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, **y/o bajo la guarda y custodia**, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.*

*ARTÍCULO 422.- A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad **y la guarda y custodia**, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.*

*ARTÍCULO 423.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su **guarda y custodia**, tienen la facultad de corregirlos...*

*ARTÍCULO 424.- El que está sujeto a la patria potestad **y la guarda y custodia**, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho.*

## *CAPÍTULO II*

*De los efectos **de la guarda y custodia**, respecto de los bienes del hijo*

*ARTÍCULO 425.- Los que ejercen **la guarda y custodia**, son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

*ARTÍCULO 426.- Cuando **la guarda y custodia**, se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.*

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

*ARTÍCULO 430.- En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que **ejerzan la guarda y custodia**.*

*ARTÍCULO 431.- Los padres **o quien ejerza la guarda y custodia** pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.*

*ARTÍCULO 433.- Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza **la guarda y custodia**.*

*ARTÍCULO 434.- El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan **la guarda y custodia**, lleva consigo las obligaciones que expresa*

**VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA**

ARTÍCULO 436.- Los que ejercen **la guarda y custodia** no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al **menor**, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

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

ARTÍCULO 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen **la guarda y custodia** se extingue:

...II.- Por la pérdida de **la guarda y custodia**;

ARTÍCULO 439.- Las personas que ejercen **la guarda y custodia** tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

ARTÍCULO 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen **la guarda y custodia** tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

ARTÍCULO 441.- Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen **la guarda y custodia**, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.



*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

**NOVENA**

Finalmente concluimos que debe instruirse a los Jueces de lo Familiar que no es lo mismo el ejercicio de la patria potestad, al derecho y obligación de la guarda y custodia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Álvarez, José María. Institución de Derecho Real de Castilla y de Indias. México, UNAM 1982, T. I.

Baqueiro Rojas, Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 1990.

Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González Agustín. "Derecho Romano, primer curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México. Décima tercera edición. México.

Castan Tobeñas, José. "Derecho Civil Español, Común Y Foral". 15º Edición. Tomo I, Volumen Segundo. Edit. Instituto Editorial Reus. España 1994.

De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Capítulo VI. pág. 373 Editorial Porrúa. México 1956. p. 375.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil". Edit. Porrúa México 1994.

Guillermo Floris, Margadant. "El Derecho Privado Romano". 26º Edición. Editorial Esfinge. México 2001.

Galindo Grafías, Ignacio. "Derecho Civil". Segunda Edición. México. Porrúa.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Traducción del Alemán por Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa. México 1993.

Mazeaud, Henry León y Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV; la Familia, Organización de la Familia, disolución y Disgregación de la Familia. Traducción de Luis Alcala-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959 Marcel Planiol y Georges Ripert, "Derecho Civil", Traducción de Leonel Pereznieto Castro. ed. Pedagógica Iberoamericana, México D.F 1996.

Ortiz-Urquidi, Raúl. "Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana". Editorial Porrúa. México 1974.

Orizaba Monroy Salvador.

Pacheco Escobedo, Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. Editorial panorama. México 1991.

Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. México 2001. pág.432.

Sánchez Márquez Ricardo

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. "Contratos Civiles". Edit. Porrúa. México. 2002.

**DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo P-Z, Editorial Porrúa.

Diccionario de Derecho Privado

Diccionario Enciclopédico Abreviado. Edt. Espasa Calpe. Tomo III. Madrid 1957.

Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

Enciclopedia Encarta 2007.

**LEYES Y CÓDIGOS**

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2007.

Código Civil para el Distrito Federal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2007.

Código Penal vigente para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. Editorial Porrúa México 2005.

Ley Sobre Relaciones Familiares. Editorial Porrúa. México 1980. Clemente de Diego. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo I. Madrid 1959.

*VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE  
LA PATRIA POTESTAD Y SU DIFERENCIA  
CON LA GUARDA Y CUSTODIA*

**DISCOS ÓPTICOS**

Compila XIII. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2007.

Ius 2006. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2006.