



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**IMPORTANCIA JURÍDICA, MORAL Y SOCIAL DE
LOS ABUELOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA
POTESTAD**

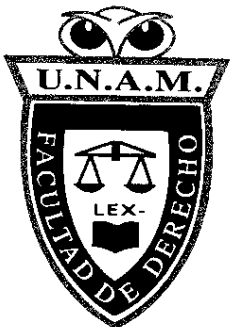
T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

MARISOL CÉSAR MORENO

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

**GERMÁN CÉSAR ORIHUELA
SOLEDAD MORENO CARMONA**

Mi agradecimiento eterno, porque sin su apoyo y sabios consejos, no hubiera logrado alcanzar la meta que hoy se obtiene, ni la consecución de mis más anhelados objetivos.

A mis hermanos:

**MIRIAM
GERMÁN
ESMERALDA**

Por su ayuda y gran cariño que siempre recibí de ellos, para la culminación de mi carrera.

A mi abuelita y tía:

**ELVIRA ORIHUELA HERNÁNDEZ
LIDIA CÉSAR ORIHUELA**

Por su apoyo y cariño constante.

A mi esposo:

ENOCH DAMIÁN VILLAR SERRANO

Por ser mi pensamiento feliz, la luz de mi día, por su apoyo, amor y desinteresada dedicación demostrados desde que formó parte de mi vida.

A los Licenciados:

**SANDRA JUÁREZ Y JUÁREZ
RAMIRO VALLEJO GUTIÉRREZ**

Por su decidido apoyo en mi formación profesional, así como en la obtención de esta meta.

**Al Licenciado:
HÉCTOR TREJO GALINDO**

A quien debo mi formación profesional, por enseñarme que la abogacía, se ejerce con responsabilidad, dignidad y respeto, gracias por su apoyo incondicional.

**A
FERNANDO CORTÉS ROSAS**
Por ser un excelente compañero y gran amigo.

A la Dra. María Leoba Castañeda Rivas:
A quien agradezco la confianza y apoyo para culminar esta meta.

A todos mis familiares:

Por haber creído en mí, por su apoyo y exhortación constantes, en la culminación de mi carrera profesional.

A los miembros del jurado, con respeto.

A mis compañeros y amigos con desinteresado afecto.

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México,
por haberme permitido formar parte de ella y en especial,
a la Facultad de Derecho, a quien debo mi formación
académica.

**IMPORTANCIA JURÍDICA, MORAL Y SOCIAL DE LOS ABUELOS EN EL
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

| | |
|---------------------------|-----------|
| PRÓLOGO..... | I |
| INTRODUCCIÓN | II |

CAPÍTULO 1

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA ANTIGÜEDAD

| | |
|--|----|
| A. Evolución de esta institución..... | 1 |
| 1. En Roma. | 3 |
| 2. Francia. | 9 |
| 3. España. | 13 |
| 4. México..... | 17 |
| B. Concepto. | 22 |
| C. Fundamento de la autoridad paterna..... | 25 |
| D. Naturaleza jurídica de esta institución. | 31 |

CAPÍTULO 2

**FACULTADES CONFERIDAS AL JUEZ DE LO FAMILIAR EN MATERIA DE
PATRIA POTESTAD**

| | |
|--|----|
| A. Marco jurídico. | 35 |
| B. Facultad del Juez de lo Familiar, para suspender y limitar la patria potestad.... | 38 |
| C. La pérdida de la patria potestad y la participación del Juez de lo Familiar. | 46 |
| D. Importancia de los Derechos de las Niñas y Niños en la patria potestad. | 56 |
| E. Aspectos positivos y negativos de la facultad del Juzgador en materia de patria potestad..... | 62 |

CAPÍTULO 3

CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN

| | |
|------------------------------------|----|
| A. Los abuelos en la familia. | 66 |
|------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| B. Guarda de los menores. | 69 |
| C. Custodia de menores..... | 70 |
| D. Titularidad para el ejercicio de la patria potestad..... | 80 |
| E. A quién debe llamar en primer lugar el Juez de lo Familiar, a los abuelos paternos o a los maternos | 91 |

CAPÍTULO 4

IMPORTANCIA JURÍDICA, MORAL Y SOCIAL DE LOS ABUELOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

| | |
|--|------------|
| A. Importancia jurídica. | 95 |
| B. Importancia moral. | 100 |
| C. Importancia social..... | 101 |
| D. El ejercicio de la patria potestad por los abuelos en:..... | 103 |
| 1. Matrimonio..... | 104 |
| 2. Concubinato. | 105 |
| 3. En el caso de padre o madre solteros | 110 |
| E. Lo que el Código Civil para el Distrito Federal establece al respecto. | 111 |
| F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto. . | 115 |
| G. Solución a la problemática planteada. | 118 |
| CONCLUSIONES | 121 |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA..... | 125 |

PRÓLOGO

Actualmente, se habla poco, del derecho que tienen los abuelos, ya sean paternos o maternos en el ejercicio, o como coadyuvantes de la patria potestad o como guardadores y custodios de los nietos. Es decir, la ley no determina específicamente, cómo van a ejercer dicha potestad, en un conflicto, hasta en esto, le corresponderá al Juez de lo Familiar, determinar a quién llamar primero, si a los paternos o maternos, esto, obviamente es aplicable al matrimonio, pero en el caso del concubinato, el Código Civil para el Distrito Federal es impreciso y más aún, para el caso de padre o madre solteros.

De acuerdo a lo planteado, el ejercicio de la patria potestad depende del reconocimiento que del hijo se haga, y esto, obviamente opera para los abuelos del que reconoció al hijo, no así, del que no lo hizo, esto, obviamente debe cambiar.

¿Por qué debe cambiar?, porque a los abuelos, les corresponderá si son aptos para desempeñar los cargos descritos, ejercer la guarda o custodia, o, en su caso, la patria potestad. Es decir, hasta qué punto es viable que a los abuelos se les confíen los hijos, cuál sería la ayuda que estos brindarían a los nietos, consideramos que, cuando los padres no estén en condiciones de hacerlo, lo hagan los abuelos o también, cuando ya no existan los primeros.

Las interrogantes planteadas, serán contestadas en la tesis que pretendo sustentar, por medio de razonamientos de hecho, pero sobre todo, de derecho, viables para tal efecto.

INTRODUCCIÓN

Debemos reflexionar, sobre el papel de los abuelos en la familia. Los abuelos, tienen la misma responsabilidad que los padres. Quizá el papel que juegan, sobre todo en la separación de los padres, es de lo más importante, si pensamos en niños menores, sobre todo de niños que necesitan calor, amor, comprensión, buen trato, que no hubieran recibido de sus padres y que los abuelos, seguramente, se los podrán dar con creces.

De aquí se derivan las siguientes respuestas, obviamente a los abuelos se les pueden confiar los nietos; es decir, los hijos de sus hijos, hasta la misma edad como la ley lo dispone, o sea, hasta los dieciocho años, edad donde los hijos tienen la obligación de permanecer con sus padres y estos de educarlos y formarlos; obligación que se hace extensiva a los abuelos, si ese fuera el supuesto de habérselos entregado. En este caso, la ayuda que los abuelos deben otorgar tiene que ser de todo orden; es decir, como si fueran los propios padres; así, en los abuelos recae la obligación de ayudarlos materialmente y proveer a sus gastos. Desde el punto de vista psicológico, los abuelos están obligados a darles un apoyo que evite el trauma que esos menores pudieran tener como consecuencia del divorcio o del conflicto por el que hayan atravesado sus padres. Moralmente, los abuelos están obligados a dar el mejor ejemplo a sus nietos, porque hay casos, supuestos en que esos menores se quedan con sus abuelos hasta la mayoría de edad, y por lo mismo deben recibir el mejor ejemplo para su formación. También la casa de los abuelos puede servir para que esos niños sean

esta debe ejercerse en el matrimonio, concubinato así como, para el caso de padre o madre solteros. Lo anterior, con fundamento en el Código Civil para el Distrito Federal, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para así tratar de dar solución a la problemática planteada.

depositados, ante el grave conflicto por el que atraviesan sus padres, para que en este lugar sean visitados, o mejor dicho, para que convivan con ellos, tanto la madre como el padre, de manera conjunta o separada; pero bajo la autoridad moral y jurídica, de acuerdo con la ley, de los abuelos.

Para tratar de aclarar lo anterior, dividimos el trabajo en cuatro capítulos. En el capítulo primero, hablamos del ejercicio de la patria potestad en la antigüedad, en países como Roma, Francia, España y México, precisando su concepto, fundamento de la autoridad paterna, explicando la naturaleza jurídica de esta institución.

De igual forma, en el capítulo segundo, preciso las facultades que se le confieren al Juez de lo Familiar, en materia de la patria potestad desde su marco jurídico, los casos de suspensión, limitación y pérdida de la patria potestad, la importancia de los Derechos de las Niñas y Niños, en esta institución, comentando los aspectos positivos y negativos de la facultad del Juzgador en esta materia.

Asimismo, en el capítulo tercero, explico los conceptos que están estrechamente relacionados con la tesis, como son: abuelos, guarda, custodia de menores, patria potestad y su titularidad, así como, el orden en que deben llamarse a los abuelos.

Finalmente, en el capítulo cuarto, hablo de la importancia y viabilidad jurídica moral y social de los abuelos en el ejercicio de la patria potestad, así como

CAPÍTULO 1

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA ANTIGÜEDAD

De manera general podemos decir, que el ejercicio de la patria potestad, se traduce como, el poder que los padres tienen sobre sus hijos cuando estos, son menores, hasta cumplir la mayoría de edad, o cuando mayores, tienen alguna incapacidad que la ley regula como sujetos que no son susceptibles de derechos y obligaciones.

En este capítulo, mencionaremos cómo se ejercía este derecho por los padres, que en algunos casos, el poder o potestad era absoluto, incluyendo vida y libertad de las personas, sujetos a esta institución. Por ello, se mencionará a Roma, Francia, España, México, concluyendo tal exposición con el concepto, fundamento y naturaleza jurídica de esta institución.

A. Evolución de esta institución.

Se puede afirmar que, en las primeras organizaciones humanas se sustentaron en la familia, comprendida en un sentido amplio, por un conjunto de individuos que viven unidos y en los que evidentemente existen lazos de consanguinidad.

Los autores, María Gabriela Toledo y Juan Carlos Ortega, consideran que:

“A falta de información precisa y fidedigna sobre la forma en que se desarrollaban esas relaciones familiares, se ha especulado que ejercía el poder quien tenía mayor fuerza física y, en cuanto a los hijos, dada la promiscuidad de

esos primeros grupos, el cuidado quedaba a cargo de la madre, ya que se ignoraba quién pudiera ser el padre.”¹

En esta etapa, toda la educación y cuidado del niño eran enfocados a capacitarlo para que aprendiera las técnicas de supervivencia, no por un concepto individualista, sino, al contrario, porque era importante para el grupo el mantener la mayor cantidad de sus integrantes.

Así, podemos sostener que la patria potestad, entendida en el concepto preliminar que expuse, no existía, porque quien podía disponer del niño era quien ejercía el poder, que generalmente no era su padre y si bien, la madre lo atendía, sólo lo hacía en el grado mínimo indispensable para que alcanzara una autosuficiencia.

En otras palabras, el paterfamilias, como se le conocía en Roma, o “padre”, para otras civilizaciones era el centro de atención, para cualquier casa, era una especie de magistrado doméstico, quien tenía el carácter de dueño, de los bienes muebles o inmuebles existentes, señor de esclavos, patrón, de los clientes y titular de los derechos patronales sobre los libertos, ejerciendo, la patria potestad no sólo sobre los hijos propios, sino sobre los nietos y nueras (esposas de sus hijos), incluyendo obviamente, la propia esposa o pareja.

A continuación, precisaremos algunos detalles sobre el ejercicio de este derecho en los países que citamos al inicio de este punto.

¹ TOLEDO MARTÍNEZ, Gabriela y ORTEGA CASTRO, Juan Carlos. La Pérdida de la Patria Potestad. Vol. 6, 4ª edición, Colección Reflexiones Jurídicas, Incija editores, México, 2003. p. 6.

1. En Roma.

Existía un principio Romano que decía, “están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias.”²

El principio citado, comprende, todo el sustento o base del sistema romano en este tema, es decir, encierra la idea del poder del padre, cómo se manifiesta abiertamente en el seno de la familia mediante la autoridad superior del **Paterfamilia** sobre los hijos a tal grado, que es equiparable al derecho de propiedad concebido como la idea de poder, usar, gozar, disfrutar y hasta abusar.

Entre los romanos, existía una ley que permitía al padre vender y hasta matar a su hijo, derecho privado que inició antes de la formación de las ciudades.

Con el tiempo fue modificándose esta concepción; derecho que por tanto, no fue obra de los legisladores, sino producto de la tradición y de antiguas creencias religiosas. La familia, compuesta del padre, la madre, los hijos y los esclavos, debía tener un guía, alguien que estuviera al mando.

Fustel de Coulanges manifiesta que:

“El padre era la primera figura, el encargado de encender el hogar; especie de pontífice obligado a desempeñar la más alta función en todos los actos religiosos. Él degollaba (a) la víctima y pronunciaba las preces que debían atraer sobre él y los suyos la benevolencia de los dioses. Por su medio se perpetuaba la

² Cit. Por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 5ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 513.

familia y el culto, siendo el único representante de todos sus ascendientes sobre la tierra. Como los indios, él podía decir: <yo soy el Dios>, puesto que a su muerte debía convertirse en un ser divino a quien invocarían sus sucesores.”³

Por su parte, la mujer si bien tomaba parte en los actos religiosos, no era dueña del hogar, ni representaba a sus mayores, ya que descendía de ellos, ni se contaba entre los mismos después de muerta; carecía de autoridad, mando o libertad; sometida al padre estando soltera, al marido una vez casada y, si moría, a sus hijos, si no los tenía a los parientes del marido, pero no podía gobernarse a sí misma.

Respecto al hijo, la naturaleza establece que tenga un protector, un guía, un maestro; y la religión señala, concomitantemente con la naturaleza, que es el padre el jefe del culto y el hijo su ayudante; la naturaleza exigía esta subordinación por un tiempo limitado en la niñez; sin embargo, la religión obligaba todavía a más.

Aunque creciera, si el padre vivía, el hijo quedaba ligado a su autoridad y, si moría, los hermanos no se separaban, de modo tal, que el hogar era indivisible.

Pero el hijo nacido del concubinato no estaba bajo la autoridad paterna porque no mediaba una comunidad religiosa entre ellos.

³ COULANGES, Fustel de. La Ciudad Antigua. 14ª edición, Sepan cuantos, Porrúa, México, 2005. p. 89.

Dice Coulanges de la familia:

“Gracias a la religión doméstica, la familia era un pequeño cuerpo organizado, una pequeña sociedad con su jefe y su gobierno, sin que nada de la nuestra moderna pueda darnos idea de lo que era aquella potestad del padre. Este no era sólo el fuerte que protege, con poder para hacerse obedecer, sino, además, el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de sus abuelos, el tronco de sus descendientes, el depositario de los misteriosos ritos del culto y de las fórmulas secretas de la gens; en una palabra: la religión entera residía en él.”⁴

La palabra **pater** es igual en griego, latín, sánscrito, que en el lenguaje jurídico no necesariamente es el padre de familia, sino que este título podía darse a un hombre sin hijos que no estuviera casado, y aun sin haber llegado a la edad de contraer nupcias.

El **pater** se aplicaba a los dioses en el aspecto religioso y en el Derecho al que tenía un culto y una heredad, potestad, autoridad y dignidad.

El Derecho Romano y Griego reconocieron al padre, la potestad ilimitada que le otorgaba la religión, que Coulanges clasifica en tres categorías, a saber:

“1. El padre es el jefe de la religión doméstica y dirige todas las ceremonias del culto como le parece o como lo ha visto hacer a su padre, de ahí deriva su derecho a reconocer o no al hijo que nace, el derecho a repudiar a la mujer en caso de esterilidad o en caso de adulterio,

⁴ Ibidem. p. 91.

derecho de casar a su hija (esto es, de ceder su potestad a otro sobre ella) derecho de casar al hijo para perpetuar la familia. El derecho de emancipar, esto es, de excluir a un hijo de la familia y el culto; derecho de adoptar a un hijo o introducir un extraño en el hogar.

Otro derecho que vale la pena mencionar es el de designar al morir un tutor para su mujer y sus hijos. Cabe aclarar que todos estos derechos eran atribuibles únicamente al padre, con exclusión de los demás miembros.

En caso de divorcio, los hijos se quedaban con el padre, aun las mujeres, y no tenían potestad sobre sus propios hijos.

2. La propiedad era un derecho de la familia, que pertenecía a los antepasados y a sus descendientes (era, por tanto, indivisible) y el usufructuario, el padre. Siendo el usufructuario el padre, ni la mujer, ni los hijos tenían parte. La dote de la mujer pertenecía al marido que, además de administrar los bienes dotales, ejercía los derechos de propietario.

La condición de hijo no era mejor que la de la mujer ya que no poseía nada ni podía adquirir nada y el producto de su trabajo o del comercio eran para su padre. Si el hijo adquiría algún legado por testamento de un extraño, quien lo recogía era el padre.

El padre podía vender al hijo, considerándolo como una propiedad, o bien, podía rentarlo, entendiéndose como su trabajo o sus brazos lo que vendía o rentaba (pero no se convertía en esclavo del comprador) de tal suerte que seguía bajo la patria potestad de su padre aún en esta condición.

Estando sujetos a la patria potestad del padre, ni la mujer ni los hijos podían ser demandantes, defensores, acusadores, testigos ni acusados; sólo el padre podía comparecer ante el tribunal de la ciudad ya que sólo para él existía la justicia pública.

En ese orden de ideas, el padre era responsable de todos los delitos cometidos por los que estaban bajo su patria potestad.

3. Las mujeres no podían presentarse en juicio, ni aún como testigos; sólo el padre podía comparecer ante el tribunal de la ciudad.”⁵

Los autores Marta Morineau y Román Iglesias, nos señalan “que en Roma, la patria potestad es el poder que tiene un jefe de familia (***paterfamilias***) sobre sus descendientes.”⁶

En un principio se ejercía por ciudadanos romanos sobre sus descendientes, tenía por objeto, el interés del jefe de la familia, le correspondía la

⁵ Ibidem. p.p. 92 y 93.

⁶ MORINEAU, Marta e IGLESIAS, Román. Derecho Romano. 10ª edición, Oxford, México, 2004. p. 61.

patria potestad al ascendiente de sexo masculino de más edad, no sufría modificaciones en razón de la edad o del matrimonio de los hijos, nunca podía ser ejercida por la madre. Sin embargo, poco a poco, esta enérgica autoridad fue desapareciendo, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

En el Derecho Romano, las fuentes de la patria potestad son las siguientes:

- a) Por matrimonio ***justae nuptiae***: Matrimonio legítimo, reconocido por el ***jus civile***.
- b) Por adopción: Institución de Derecho Civil por medio de la cual ingresaban a la familia, en virtud de un acto solemne, personas ajenas a ella en calidad de hijos o nietos.
- c) Por legitimación: Procedimiento reconocido por el derecho civil, por el cual, un padre adquiría la patria potestad sobre su hijo natural nacido de un concubinato. Esta legitimación puede llevarse por tres procedimientos: matrimonio subsiguiente, oblación a la curia y rescripto del emperador.”⁷

Como podemos colegir, el sistema romano llegó a desarrollar en forma notable la potestad paterna, sin embargo, parece ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad todavía permanecen inciertos; señalando Eduardo B. Busso que, “últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se

⁷ Ibidem. p.p. 62 y 63.

encuentran en el derecho ártico, y no exclusivamente en el romano, como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma la regulación de la *instituta*, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo.”⁸

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

2. En Francia.

Con relación a la figura jurídica de la patria potestad, podemos decir que en Francia; acrecentó el principio de la autoridad paterna en la familia de origen legítimo. Es por ello, que el Código Civil Francés de 1804, otorgó al padre el ejercicio de este derecho, el cual sólo se extinguía a la mayoría de edad del hijo.

El Código de Napoleón sólo se ocupó de la patria potestad en la hipótesis del matrimonio, y tal como la organizó parecía establecida para los padres legítimos. Sin embargo, ninguna duda había sobre la existencia de la patria potestad a favor de los padres naturales, cuando eran legalmente conocidos.

⁸ BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 6ª edición, Oxford University Press, México, 1990. p. 326.

“El código mismo se refería a ella al conceder, en el artículo 333, a los padres naturales, ciertos derechos comprendidos en la patria potestad de los padres legítimos. Casi unánimemente se reconocía al padre natural la misma preponderancia que al legítimo. En efecto, hasta la Ley del 10 de marzo de 1913, el artículo 158 extendía a los padres naturales lo dispuesto en los artículos 148 y 149, que estipulaban esa preponderancia para el acto más importante: el matrimonio de los hijos. Sin embargo, se negaba a los padres naturales dos de los atributos más considerables de la patria potestad: el usufructo y la administración legales; para ello se tomaba como base la primitiva redacción del artículo 383”.⁹

“Sin embargo, fue a partir de la ley fechada el 22 de septiembre, del año de 1942 cuando a la patria potestad se le concibió como un poder o autoridad del padre, se transformó en una potestad que debía ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos, adquiriendo así el carácter, de una función temporal ejercida en interés del grupo familiar legítimo.

También la ley de 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que por su conducta, o su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos”.¹⁰

⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Biblioteca Clásica del Derecho. Vol. 8, Harla, México, 2000. p. 255.

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso parte General, Personas Familia. 20ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 693.

“A partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del Derecho Francés, hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma”.¹¹

En otras palabras, se puede decir que el ejercicio de patria potestad en el Derecho Francés “era atribuida, totalmente al padre y a la madre para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tienen en consideración de sus hijos. La idea es verdad y la institución de la caducidad de la potestad paterna la ha subrayado. Será, mientras tanto, inexacto el pretender que se falle en considerar estos derechos únicamente como una función, y el negarle todo carácter de derechos subjetivos, es decir, de prerrogativas atribuidas a los padres”.¹²

El carácter citado, no se encontraba únicamente en el derecho de disfrute legal, en donde él está patente, aún cuando no parezca un derecho esencial. El se hace visible también, sobre todo, en el derecho de escoger la orientación moral, intelectual y profesional que le será dada al hijo. Negar que el padre tenga, a título de prerrogativa, la libertad de esa elección, es admitir que aquella perteneciera a los poderes públicos, que pudieran imponerle su voluntad a este respecto.

De igual forma, la figura jurídica de la patria potestad, de acuerdo a lo estudiado, carece de exactitud en el Derecho Francés, ya que lo que a los padres

¹¹ Idem.

¹² COLÍN, Ambroise y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. 6ª edición, Traducción de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1990. p.p. 25 y 26.

les corresponde es una tutela o carga con relación al ejercicio de este derecho, más que una potestad en el sentido extenso de la palabra, también, es de resaltar que en este derecho, el ejercicio es para ambos y no exclusivo del padre como sucedía en Roma.

Lo que en nuestro derecho, conocemos como pérdida de la patria potestad, en Francia, se le conoce, como caducidad de la patria potestad y en un principio, afectaba a los padres culpables de haber excitado o favorecido habitualmente el libertinaje de sus hijos.

Planiol, calificó “como insuficiente esa medida, pues el legislador había olvidado que numerosos padres se mostraban indignos de la confianza de la Ley, ya que maltrataban o abandonaban a sus hijos, o bien los dedicaban al robo, mendicidad o prostitución”.¹³

A manera de resumen, diremos que en Francia, la patria potestad, constituye un poder protector con prerrogativas que confieren al padre y a la madre sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les imponen el hecho de la procreación. No sin intención emplean los redactores del Código francés la palabra autoridad con preferencia a la de potestad que no se encuentra más que en la rúbrica del título consagrado a la institución.

¹³ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásica del Derecho Vol. 6, 2ª edición, Harla, México, 2000. p. 495.

En otras palabras, la patria potestad no comprende únicamente los derechos, es decir, el derecho de guarda, el derecho de corrección, así como el usufructo legal de los padres, sino, además, una serie de derechos esparcidos por otras partes de nuestro Código, por ejemplo: el derecho de consentir el matrimonio del hijo, de emanciparlo, de consentir su adopción por otra persona, el derecho de administrar su patrimonio. La expresión de patria potestad tiene, por lo tanto, dos sentidos, uno amplio y otro estricto. Los derechos correspondientes a los padres tienen como reverso cargas y obligaciones. Así, a los derechos de guarda y de corrección sobre la persona del hijo corresponden los deberes de alimentación y de educación.

3. En España.

Como lo hemos venido señalando, en las legislaciones anteriores, la patria potestad, era concebida originalmente como el poder supremo que correspondía al padre, por ser este considerado como magistrado doméstico, con autoridad superior en el seno de la familia con la consecuente subordinación a él por parte de los hijos, como se hacía en Roma, aunque en Francia el ejercicio de tal derecho era para ambos (padre y madre).

Por lo que concierne a España, se puede advertir que en este derecho, sobre todo en el antiguo Derecho Español, se distinguía la convergencia de derecho y deber, es decir la autoridad paterna como un deber de proteger y educar a los hijos.

A efecto de ejemplificar lo anotado, será oportuno puntualizar lo siguiente.

“En las Partidas se concede al padre el derecho de vender o dar en prenda al hijo sólo en caso de gran hambre, cuando sin esa venta hubiere temor de que ambos parecieran; pero se acaba la patria potestad cuando el padre trata al hijo cruelmente o lo induce a la prostitución; en cambio, está obligado a educarlo y mantenerlo dándole alimentos y casa.”¹⁴

Estas leyes, a pesar del poco avance legislativo que tenían para su época, todavía se concedía cierto derecho de propiedad al padre sobre sus hijos aunque se trató de proteger al menor, contra los malos tratos y crueldad excesiva. Lo anterior, motivó que se limitará la patria potestad de los padres contra sus hijos.

Los límites a la patria potestad son manifiestos en el antiguo Derecho Español, la Ley Visigothorum y el Fuero Real “prohibían a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos bajo la sanción de nulidad de tales actos y pérdida por el comprador del precio que hubiese entregado.”¹⁵

En atención a lo dispuesto, hubo necesidad de que en el antiguo Derecho Español, también hubiere causas de terminación y temporalidad de la patria potestad, la cual, se extinguía fundamentalmente, por la independencia económica del hijo sujeto a ella; la ley 47 del Toro estableció: “...el hijo o hija casada et velada sea auido por emancipado en todas las cosas para siempre...”¹⁶

¹⁴ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T.I. 10ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 192.

¹⁵ Cit. Por ZAVALA PÉREZ, Diego. Derecho Familiar. 2ª edición, Porrúa, México, 2006. p. 316.

¹⁶ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Op. cit. p. 357.

Al decir de Esquivel Obregón, “acababa la patria potestad por siete causas: 1ª. Por muerte de quien la ejercía; 2ª. Por muerte civil del mismo, a consecuencia de una condena a trabajos forzosos de por vida, o destierro con confiscación de bienes, lo que se llamaba deportación, a diferencia de la relegación que era destierro sin confiscación ni pérdida de dignidades; 3ª. Por estar el padre banido o encartado; es decir, que habiendo sido condenado a ser deportado o relegado, se hallaba prófugo; 4ª. Por incesto o por haber contraído matrimonio con pariente dentro del cuarto grado, sin haber obtenido licencia; 5ª. Por haber obtenido el hijo alguna gran dignidad de las que, conforme a la ley, traían la emancipación; 6ª. Por casarse y velarse el hijo *faciae Ecclesiae*; 7ª. Por emancipación. Perdida la patria potestad, sólo podía el hijo volver bajo de ella en el caso de emancipación, si hubiere sido ingrato para el padre, injuriándolo de palabra o de hecho.”¹⁷

Para el jurista Joaquín Escriche, la patria potestad en España se distinguía por las referencias siguientes.

“La autoridad compete al padre y no a la madre, y recae precisamente sobre los hijos legítimos y legitimados, más no sobre los naturales, incestuosos y adulterinos.

Puede el padre en virtud de su potestad sujetar, corregir y castigar moderadamente a sus hijos; servirse de ellos sin darles salario, pues cumple con mantenerlos y educarlos; implorar el auxilio de la autoridad pública para reducir a

¹⁷ Ibidem. p. 358.

su poder al hijo que voluntario o forzado estuviese en poder de otro, o anduviere vagando sin querer obedecerle; y aun antiguamente tenía derecho para venderlos o empeñarlos en extrema necesidad. También tiene el padre en virtud de su potestad la posesión, propiedad y usufructo de los bienes profecticios de sus hijos, y el usufructo de los adventicios, pero nada de los castrenses ni de los cuasicastrenses.”¹⁸

Aludo al significado de las clases de bienes que en párrafo que antecede se mencionan:

Bienes profecticios son “...los que adquiere el hijo que vive bajo la patria potestad, por razón del padre o con los bienes del padre”.¹⁹

Bienes castrenses son “...los que adquiere el hijo de familia por razón de la milicia o sea, con ocasión del servicio militar...

Los bienes cuasicastrenses son, ...los que adquiere el hijo de familia en el ejercicio de las ciencias y en el uso de oficios públicos, o por donación que le haga el rey u otro señor. Tales como los sueldos, honorarios y ganancias por el desempeño de los empleos y profesiones de juez, abogado, catedrático, escribano y otros semejantes...”²⁰

A manera de resumen, se puede decir que en las legislaciones mencionadas, destacan Roma, por el poder omnímodo de **pater familias**, Francia, por un

¹⁸ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 8ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 1395.

¹⁹ Ibidem. p. 381.

²⁰ Ibidem. p. 371.

ejercicio compartido de la paternidad, España se le puede dividir en antiguo Derecho Español donde era compartido el ejercicio de la patria potestad en sus inicios, pero, marcadamente a favor del padre aunque posteriormente fue compartido tal ejercicio.

4. En México.

De manera breve, diremos que entre los mexicas, la autoridad de educar a los hijos, no era exclusiva del padre, ya que el hijo, desde temprana edad, podía ingresar al calmecac si era noble o al telpuchcali si era plebeyo.

En otras palabras y citando al historiador Josef Kohler, diremos que entre los aztecas, “el matrimonio estaba fundado en la potestad del padre y la familia era patriarcal. El padre tenía potestad sobre sus hijos, éstos eran sus herederos y tenía el derecho de casarlos. Sin embargo, siempre se hacía sentir la influencia de la madre.

El matrimonio contraído sin el consentimiento del padre pasaba por ignominioso”.²¹

A manera de resumen, diremos que la patria potestad entre los mexicas si se ejercía, no como tal sino como un poder del padre sobre sus hijos al igual que entre los aztecas.

²¹ KOHLER, Josef. El Derecho de los Aztecas. 2ª edición, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002. p. 71.

Con relación al aspecto legislativo de la patria potestad y su ejercicio en México, será oportuno citar lo que al respecto establecían los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Los dos primeros códigos, contienen en sus disposiciones cuestiones similares, es decir, en ambos la patria potestad se presenta como un derecho fundado en la naturaleza el cual, es confirmado por la ley concedida a los padres por cierto tiempo y condiciones de vigilancia de la persona la administración y goce de los bienes de los hijos.

De acuerdo con el Código Civil de 1870. “Al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente (artículo 395); el artículo 369 del Código de 1884 es de idéntica redacción.”²²

El Código Civil de referencia, establece con relación al tema en estudio en su artículo 390 que:

“Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley”.²³

En términos generales, podemos decir que los códigos de 1870 y 1884 establecen en sus artículos 392 y 366, respectivamente, disponen:

²² Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1990. p. 63.

²³ Idem.

“La patria potestad se ejerce:

- I. Por el padre;
- II. Por la madre;
- III. Por el abuelo paterno;
- IV. Por el abuelo materno;
- V. Por la abuela paterna;
- VI. Por la abuela materna”.

De manera concluyente, se puede afirmar, con relación a los ordenamientos civiles citados, que el legislador, ha pretendido ser salomónico en sus disposiciones ya que nunca trató solo de imponer obligaciones a los padres si no que también previó los medios para poder cumplirlas. Por ello, que al declarar que, quien tiene al hijo bajo su patria potestad le incumbe la obligación de educarlo e incluso faculta a los padres y a los abuelos en sus casos para ejercer tal acción e inclusive, el Estado impone a las autoridades que auxilien a los padres para ejercer tal derecho.

Con relación a la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, este ordenamiento, atribuyó el ejercicio de la patria potestad a los padres, así como a los abuelos paternos y maternos.

Dice la Exposición de Motivos: “...Que, en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y por la madre, y en defecto de éstos por

abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño...”.²⁴

Por ello, los preceptos relativos quedaron redactados en los siguientes términos:

“Artículo 241. La patria potestad se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos, y
- II. Por el abuelo y la abuela maternos”.²⁵

“Artículo. 242. 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 el artículo anterior.

Si sólo faltare una de las dos personas a que en el orden indicado corresponde la patria potestad, el que quede continuará en el ejercicio de ese derecho”.²⁶

Es plausible la determinación que hace que la titularidad de la patria potestad recaiga, fundadamente, en parejas, es decir, la titularidad conjunta de padre y madre o abuelo y abuela, en principio es lo justo y no implica

²⁴ Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. 2ª edición, Secretaría de Gobernación, edición oficial México, 1998. p.p. 6 y 7.

²⁵ Ibidem. p. 75.

²⁶ Idem.

discriminación alguna en cuestión de género; sin embargo, la ley tiene limitaciones discriminatorias en materia de administración de los bienes de los menores y representación en juicio:

“Artículo 248. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte y se requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

El padre o el abuelo, en su caso, representará también a sus 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”.²⁷

De lo expuesto, se deduce que a pesar del gran acierto y adelanto de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, todavía faltaba mucho por hacer ya que del primer párrafo del artículo 248 de dicha ley, no se precisa cuáles son los actos de más importancia en la administración y en general, falta mejor claridad jurídica en la redacción de los artículos invocados.

Como podemos ver, esto fue un esbozo del desarrollo y evolución del ejercicio de la patria potestad en el extranjero y nuestro país.

²⁷ Ibidem. p. 76.

B. Concepto.

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

Adelantándose a su tiempo, el jurista José María Álvarez, la definió en 1827 como “aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados”.²⁸

Planiol, señala que “la patria potestad, es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.²⁹

Rafael de Pina la define como: “el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.³⁰

Para Galindo Garfias “la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida

²⁸ ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 3ª edición, Oxford, México, 2000. p. 266.

²⁹ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Op. cit. p. 355.

³⁰ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 399.

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)".³¹

Para el autor Antonio de Ibarrola, "la patria potestad, es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad."³²

Juan Antonio González, dice que es "el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan".³³

Baqueiro Rojas refiere que: "se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus descendientes. Es por ello, que se equiparara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos 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".³⁴

De las anteriores definiciones doctrinales, observamos que no son uniformes en cuanto a la naturaleza de la patria potestad.

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 689.

³² DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 9ª edición, Porrúa, México, 1993. p. 440.

³³ GONZÁLEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. 6ª edición, Trillas, México, 2003. p.p. 79-80.

³⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 11ª edición, Oxford, México, 2002. p. 227.

Unos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo que importa, finalmente, es su objetivo: la asistencia, el cuidado y la protección de los menores no emancipados.

Esta institución tiene como base la filiación, en la relación padres e hijos, y en la que son sujetos activos los ascendientes padres y, a falta de éstos, los abuelos en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo, claro, a los intereses del menor. Tienen determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para cuidar de la persona y los bienes de sus descendientes, administrar sus bienes y representarlos. Son sujetos pasivos los descendientes menores de dieciocho años no emancipados.

La referida institución, sirve a los intereses del menor de edad antes que a los padres y termina con la mayoría de edad o la emancipación.

En el caso de adopción, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad; si la adopción la hicieron el marido y su cónyuge, ambos la ejercerán conjuntamente con los mismos efectos para el hijo de matrimonio o consanguíneo.

El ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, por lo que éste no debe abandonar la casa del progenitor ni celebrar actos jurídicos sin la intervención de aquél.

La facultad de corregir y castigar debe ser ejercida con moderación ya que puede perderse por malos tratos y abandono del menor.

Los bienes del menor serán administrados por éste en caso de que sean adquiridos por su trabajo y corresponderá a sus progenitores la administración de los obtenidos por otro título; de éstos últimos corresponde al administrador la mitad del usufructo.

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

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

C. Fundamento de la autoridad paterna.

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

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

- “1. No se modifican a medida de este desarrollo, las facultades de los que están sometidos ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar;
2. Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno;
3. La madre no puede tener nunca la potestad paternal.”³⁵

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

En el primer aspecto de tipo personal, como el **pater familias** era un magistrado doméstico, tenía poderes de vida y de muerte sobre las personas que le estaban sometidos; facultándoseles para imponer a los hijos, las penas más rigurosas. A la vez, estaba en condiciones de manciparlos y también en

³⁵ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002. p.p. 101-103.

abandonarlos. No obstante lo anterior, parece ser que en tiempos de la República, este sistema encontró índices de moderación. Se dice igualmente que, bajo el imperio, había también abusos de la autoridad paterna en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón, también agrega Petit, “Adriano castigó la expatriación a un padre que, teniéndole un cepo, mató a su hijo culpable de adulterio con su suegra.”³⁶

Hacia el siglo II, de la era cristiana, aparece una manifiesta modificación que atenúa el poder riguroso de la patria potestad y se presenta más como un simple poder de corrección, que si bien le facultaban discrecionalmente para sancionar las conductas que implican faltas leves, no le permitían autónomamente llegar a imponer castigos que pudieran entrañar la privación de la vida, pues en esas circunstancias, debía hacer la acusación ante el magistrado, ya que a éste correspondía en forma exclusiva, la facultad jurisdiccional para dictar la sentencia. Esta reacción contra la autoridad absoluta del jefe de familia, ya la señalaba Ulpiano al decir que, “era necesario restarse poderes al **pater-familia** cuando existiera crueldad excesiva contra sus descendientes o ascendientes.”³⁷

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

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

³⁶ Ibidem. p. 102.

³⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 520.

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

A este mismo respecto, Petit advierte: “El Derecho Romano, luchó en buena hora contra esta práctica. La Ley de las XII Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola **mancipatio** produzca el mismo efecto.”³⁸

El jurista referido, comenta que, “la venta de los hijos se declaró ilícita y sólo le era permitida al padre en casos de extrema necesidad, para procurarse alimentos. Por su parte, Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese, venta, donación o empeño. Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre, únicamente siendo indigente, y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver, a tomarlo, abonándose al comprador. Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos.”³⁹

³⁸ PETIT, Eugene. Op. cit. p. 102.

³⁹ Idem.

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

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

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

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

amplia la patria potestad, mientras en la tutela, la garantía se busca en una más compleja organización.”⁴⁰

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

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

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

Todo menor de edad, necesariamente está sujeto a la patria potestad de alguno de los ascendientes hasta que alcance la mayoría de edad, y en caso de que no existiera ascendiente que la ejerciera, el juez de lo familiar, determinará lo conducente.

⁴⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.III. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, Argentina, 2000. p. 467.

D. Naturaleza jurídica de esta institución.

Antes de hablar de la naturaleza jurídica de la patria potestad, es conveniente, en primer término, señalar lo que entendemos por naturaleza jurídica en general. Para tal efecto, será conveniente citar lo que al respecto el renombrado jurista Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, ha escrito. El autor citado, previene que:

“Determinar la naturaleza jurídica de una institución, de un acto jurídico, de un contrato o de cualquier figura jurídica en Derecho, permite conocer su ubicación, saber a qué rama de las diversas que integran la ciencia jurídica pertenece y, sobre todo, que para el investigador o estudioso preocupado por la colocación adecuada de la figura que se está analizando en el Derecho, permitirá, como ocurre con el caso de la paternidad, saber, determinar o cuando menos, tener una idea aproximada del sitio o lugar que debe ocupar el acto o la institución de que se habla, porque en función de ello podremos, con toda claridad, definirla y sobre todo entenderla.”⁴¹

Refiere el Dr. Güitrón que; “el Derecho es vida y no un conjunto de normas puesto a disposición del conocedor de ellas, para servirse en su único y exclusivo beneficio; *ibi jus*; donde está la sociedad, allí está el Derecho”.⁴²

Lo mismo ocurre con la patria potestad que siempre ocupa su lugar.

⁴¹ Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad Civil. 2ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007. p. 100.

⁴² Idem.

De lo anterior se infiere, retomando algunas ideas que sobre el t3pico ha escrito el autor citado que, la utilidad de conocer la naturaleza jur3dica de una instituci3n, como en el caso del contrato de compraventa. Sabemos que su naturaleza jur3dica es, la de ser traslativo de dominio. Con relaci3n al tema en estudio, la naturaleza jur3dica en general, es con una o varias palabras, ubicar la instituci3n o acto jur3dico del que estamos hablando en el gran mundo del derecho.

Ahora bien, corresponder3 desentra3ar o determinar, si existe, cu3l es la naturaleza jur3dica de la patria potestad.

El conjunto de facultades y deberes, la potestad y el deber en la patria potestad, se confieren para el cumplimiento de 3stos, que les conciernen a los padres, respecto de los hijos.

Este inter3s de los padres debe coincidir con el inter3s general del grupo social, ya que, si bien es un cargo de Derecho Privado, se ejerce en inter3s p3blico.

“La patria potestad cumple la funci3n protectora de los hijos menores, constituida principalmente por un conjunto de deberes, otorgando al mismo tiempo a quienes la ejercen una serie de facultades.

No existe libertad absoluta de los titulares de la patria potestad para ejercerla o abandonar el cargo; sobre 3stos recae una tarea que, si bien tienen cierto margen para llevarla a cabo, se encuentra supeditada por los l3mites impuestos al cumplimiento de los deberes.

Estos poderes deben ejercerse siempre en interés del hijo, no de quienes ejercen la función y, aunque otorga un ámbito de libertad a los titulares, deberá ser en interés de la familia, de la protección de los bienes de los hijos y de su administración.

Dicha institución descansa en los lazos de afecto que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos.”⁴³

Reviste especial importancia, el mencionar que la doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, ya que del concepto tradicional de ser un derecho de los padres evolucionó a ser considerada fuente no sólo de derechos, sino también, de obligaciones y actualmente surgieron dos variantes que merecen ser analizadas cuidadosamente.

Por un lado, está la posición de autores italianos, franceses y españoles, que ya se vio reflejada en la legislación del país mencionado en último lugar. Éstos consideran que la patria potestad da lugar a una nueva clase de institución jurídica, conocida como deber-derecho, derechos-personas o poderes-funciones, ya que los derechos generados no se encuentran en forma pura, sino necesariamente vinculados a deberes o son correlativos de ellos.

Esta posición es criticada por el destacado escritor mexicano Manuel F. Chávez Asencio, ya que, desde su punto de vista, “al hablar de obligaciones, no se encadenan a un derecho que tenga el mismo sujeto como necesario para su

⁴³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 696.

cumplimiento, no se habla de derechos-obligaciones porque no se requiere para el cumplimiento de una obligación que necesariamente el obligado cuenta además con un derecho que le permita cumplir la obligación, de lo que deduce que tampoco el deber requiere necesariamente de un derecho, el deber jurídico por sí solo vale, por sí solo se presta.”⁴⁴

La otra variante que ha sido mencionada es la de considerar que ya no existe la patria potestad, sino que hay una institución nueva, sustitutiva, a la que se le denomina relaciones de deberes y obligaciones mutuos y recíprocos entre padres e hijos, que también comparte esencialmente la idea del deber-derecho.

Lo preocupante es que, como ya quedó puesto de relieve al analizar el Derecho Comparado Mexicano, hay legislaciones que consideran que la patria potestad da lugar a derechos y obligaciones, y otras, que parten de la base del deber-derecho, nos dicen que la patria potestad o las interrelaciones entre padres e hijos generan derechos que son recíprocos a obligaciones.

Respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, podemos decir que, está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los derechos que les conciernen respecto de los hijos. En otras palabras, la naturaleza jurídica de esta institución, es mixta con características propias del acto jurídico.

⁴⁴ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 12ª edición, Porrúa, México, 2002. p.p. 381 y 382.

CAPÍTULO 2

FACULTADES CONFERIDAS AL JUEZ DE LO FAMILIAR EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

En la actualidad, las facultades con que cuenta el juez de lo familiar en materia de suspensión, limitación y otorgamiento o pérdida de la patria potestad, hacen que tal juzgador tenga un poder omnímodo al respecto, que muchas de las veces lo convierte en un filón de oro para muchos abogados litigantes que tratan de cohechar o sobornar a tal autoridad para convertir en botín de guerra la custodia y ejercicio de la patria potestad del o los menores.

Lo anotado, hace que el juez de lo familiar más que con apego al derecho, juzgue con relación a su sentir el otorgamiento o pérdida de la patria potestad e inclusive, hace caso omiso en el mayor de los casos del derecho de ejercicio que corresponde a los abuelos paternos y maternos. Por lo escrito, será conveniente puntualizar lo siguiente:

A. Marco Jurídico.

De manera inmediata, se puede contestar con relación a este tema, que el marco jurídico mediador entre el ejercicio, limitación o pérdida de la patria potestad, sin lugar a dudas, incumbe al Código Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal, con apoyo, de otros ordenamientos principales que también influirán o tratarán de convencer en el ánimo del juzgador para lograr tal cometido.

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

“En esta materia el Código Civil fue modificado por decreto publicado en el Diario Oficial correspondiente al 27 de noviembre de 1983. El anterior artículo 283 del Código Civil, tenía tres normas fundamentales para resolver sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad. Las normas hacían referencia a las causales de divorcio, de tal forma que cuando el divorcio provenía por las causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; si los dos fueren culpables quedaban los hijos bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera, y si no se le nombraba tutor. La segunda regla, hacía referencia a las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XV del mismo artículo y los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero por la muerte de éste, el culpable recuperaba la patria potestad; se trataba realmente de un caso de suspensión. Por último, en las causales previstas en las fracciones VI y VII, que se tratan de enfermedades crónicas o incurables y de enajenación mental, los hijos quedaban en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaba los derechos sobre la persona y bienes de los hijos”.⁴⁵

Es decir el legislador evitó cuidadosamente que en esta materia tan delicada pudiese decidir el juez según su criterio. Sin embargo, la modificación del

⁴⁵ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 263.

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

“El juez con plena libertad puede resolver en qué casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en qué otros proceden sólo la suspensión, y determinar cuándo la recupera; también puede resolver sólo limitar el ejercicio de algunos deberes, derechos u obligaciones del progenitor responsable, quién conservará la patria potestad restringida: también puede decidir que ambos progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos quedan bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos, en cuyo caso será éste quien ejerza jurídicamente la patria potestad, y al otro le corresponda la vigilancia y el derecho de visita”.⁴⁶

Lo anotado, se encuentra regulado principalmente, en los artículos 282, 283 y 284 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos 443 al 448 del mismo ordenamiento.

De igual forma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regula lo propio en el título Décimo sexto denominado “De las Controversias de

⁴⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUEROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada. 2ª edición, Oxford, México, 2005. p. 277.

Orden Familiar” en sus artículos 940 al 956, donde a grandes rasgos se establece que todas las controversias inherentes a la familia se consideran de orden público. Asimismo, se prevé que el Juez de lo Familiar estará facultado para que intervenga de oficio en los asuntos que afecten a la familia pero más aún, cuando se trate de menores, alimentos y de problemas relacionados con violencia familiar.

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

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

B. Facultad del Juez de lo Familiar para suspender y limitar la patria potestad.

Con referencia a este tema, será preciso citar lo que establece el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

- I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.
- II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.
- III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.
- IV. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- V. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.
- VI. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”⁴⁷

Como lo hemos sostenido reiteradamente en la exposición de nuestra tesis y como lo hemos invocado en el ejercicio de la actividad litigiosa, debemos insistir que es trascendental esta norma en la materia del tema que estamos exponiendo, pues sin criterio específico alguno, sin parámetro o línea que permita llegar a una definición o conclusión, se suprimen las reglas anteriores y se otorga al Juez Familiar facultad omnímoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que sin las normas objetivas que antes hacían los señalamientos concretos, se reduce ahora peligrosamente al subjetivismo del juez, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad. No obstante lo anterior, hasta la fecha, no hemos tenido la experiencia que nos permita calificar los resultados de esa forma; pero anticipamos que ahora enfrentan los interesados numerosísimos conflictos cuya solución debe quedar a cargo de la jurisprudencia que debe surgir, pues el texto anterior al menos, garantizaba a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar en los procedimientos de divorcio.

Ahora bien, con relación a la suspensión de la patria potestad, según el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente.

⁴⁷ Legislación Civil para el Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. 2ª edición, Sista, México, 2008. p.p. 53 y 54.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida de o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad 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”.⁴⁸

Como podemos ver, las hipótesis para suspender la patria potestad, están más o menos fundadas aunque el éxito de tal suspensión, implica que las causas se invoquen adecuadamente, pero sobre todo, que se acredite lo invocado.

Con relación a la limitación, se hace mención a lo establecido por el artículo 444-Bis del Código Civil citado, establece lo siguiente.

⁴⁸ Ibidem. p. 68.

“Artículo 444-Bis. La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código”.⁴⁹

Con referencia a este artículo la jurista Ingrid Brena Sesma, hace el siguiente comentario.

“Aparece el artículo 444-Bis con una variedad en el ejercicio de la patria potestad. Este derecho se acababa, perdía o suspendía, ahora también se puede limitar en caso de que quien lo ejerza incida en conductas calificadas de violencia familiar, por el artículo 323-Ter del Código. Quedará a discreción judicial el señalamiento de los límites y forma de ejercicio de la patria potestad a quien resulte responsable de las conductas calificadas de violentas. En congruencia con las reformas que establecen, tipifican y sancionan la violencia familiar, el artículo 283 relativo a las sentencias de divorcio también tuvo que ser objeto de cambios. Se faculta al juez para que, de oficio o a petición de parte interesada, se allegue de los elementos necesarios para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad para evitar conductas de violencia familiar”.⁵⁰

Como podemos apreciar, el Código Civil para el Distrito Federal, es congruente con la regulación que hace sobre lo relacionado a la limitación de la patria potestad, lo que a veces es incongruente, es que el juzgador no toma en

⁴⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México, Código Civil para el Distrito Federal. 73ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 110.

⁵⁰ BRENA SESMA, Ingrid. Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997, en relación con la patria potestad y tutela. Anuario jurídico, Nueva serie, México, 1997. p. 39.

cuenta todo lo que se establece para tal acto e inclusive, las terapias, visitas médicas y dictámenes psicológicos a veces no influyen en el ánimo del juzgador para limitar, suspender o conceder la patria potestad.

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

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

“A la vez, el texto del artículo 642 entonces vigente, y ahora derogado, disponía que los mayores de dieciocho años que estuvieren sujetos a patria

potestad o a tutela, tenían derecho a que se les emancipara, si demostraban su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses. En esos casos, los padres o tutores podían emancipar a sus hijos y pupilos, siempre que éstos consintieran en su emancipación. A la vez, se derogaron también dos disposiciones que entonces eran complementarias, y que eran las contenidas en los artículos 644 y 645, que preceptuaban que una vez que fuere hecha la emancipación, no podía ser revocada y que fuera del caso de la emancipación por matrimonio del menor de dieciocho años, ésta sería siempre decretada por el Juez, y la resolución correspondiente se remitiría al Juez del Registro Civil para que levantara el acta respectiva.”⁵¹

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

El movimiento juvenil en México, encontró eco en los legisladores y obtuvieron el reconocimiento de la ciudadanía a los dieciocho años, existiendo una incongruencia con tal reconocimiento, ya que la capacidad civil se reconocía a los

⁵¹ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derechos de los Padres y de los Hijos. 2ª edición, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, México, 2001. p. 67.

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

El dispositivo que comentamos, era congruente con nuestro sistema jurídico, cuando el fin primario del matrimonio era procrear, en la actualidad ya no es ese el fin, por ello, anteriormente sería lógico que el menor de dieciocho años que se case y que tenga hijos sobre los que ejercerá la patria potestad, a la vez y simultáneamente pudiera estar aún sujeto a la autoridad de sus propios padres. De ahí que como fórmula genérica se reconozca que la unión conyugal que celebre el menor de edad, se traduzca en que quede libre de la sujeción a la que nos hemos referido.

De lo expuesto, consideramos que, con el Código Civil para el Distrito Federal y las reformas del 25 de mayo del 2000, las facultades del Juez de lo Familiar se convirtieron en poder omnímodo, razón por demás necesaria para que se le resten esas facultades y se le pongan limitantes a tales atribuciones en beneficio de la familia, tan es así, que había mejor regulación en el Código Civil inicial de 1928 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 respectivamente.

C. La pérdida de la patria potestad y la participación del Juez de lo Familiar.

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

Haciendo un poco de historia y a efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema, nos es preciso señalar que, el sistema jurídico que ha imperado en la legislación civil del Distrito Federal, ha encontrado en los antecedentes romanos que hemos expuesto, el sedimento básico para su elaboración.

“El Código de 1870 consideró a la patria potestad con relación a las personas; reconociendo que los principios de justicia son los adecuados para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos.”⁵²

En este terreno se realizó una notable aportación, ya que el Código de las Partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, habían quitado a la madre la potestad que el Fuero Juzgo le concedía. Sin embargo, la sociedad, cuando este cuerpo de leyes entró en vigor ya había dispuesto la antigua prevención contra las mujeres. Así el legislador de 1870 podía decir que la distinta educación modifica, si no desnaturaliza, los elementos

⁵² Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870. Op. cit. p. 66.

morales de la mujer, y que como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento. No era posible ya entonces, negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos.

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

“En el capítulo final del Código de 1870 se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Esas disposiciones son de derecho común, a excepción de la que concede a los padres la facultad de nombrar consultores a la madre y abuelas. Este Código y el subsiguiente de 1884 sólo tuvieron cambios en razón de pequeñas modificaciones de origen exclusivamente gramatical.”⁵³

⁵³ Ibidem. p. 70.

En este segundo cuerpo de leyes, se confirma que el poder paterno está fundado en la naturaleza, que sabiamente puso en el corazón de los padres un amor infinito hacia sus hijos, el cual, los hace procurar en toda su felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público.

Esta enseñanza requiere, por parte del hijo, obediencia; y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos; y como ambas cosas están íntimamente grabadas en el corazón humano, se dice que la autoridad del padre sobre el hijo está basada en la naturaleza.

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

El poder de la madre y los ascendientes se ejerce sobre las mismas personas que tiene el padre bajo su potestad, porque siendo el objeto del legislador el que los menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no debía exceptuar de este beneficio a ninguno de ellos, así es, que muerto el padre, la madre en su caso, o los ascendientes, van recibiendo de su antecesor la patria potestad.

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

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

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

“En la Ley Sobre Relaciones Familiares, se reglamenta claramente el Capítulo de la Patria Potestad, comprendida de sus artículos 238 al 269; dividiéndose en tres capítulos específicos: de la patria potestad misma; de los efectos de ella respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y de suspenderse.”⁵⁴

⁵⁴ Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Op. cit. p. 23.

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

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

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

En materia patrimonial, se dispone que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella; teniendo la

administración legal de los bienes que les pertenecen. Se agrega que cuando se ejercite conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

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

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

“En el ángulo de las formas en los que la patria potestad se acaba o suspende, se declara que ella termina por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayor edad del hijo, así como por su emancipación. A la vez, dispone que se pierda cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho. Se preceptúa también que se puede privar o en su caso, modificar su ejercicio, si quien la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.”⁵⁵

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

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

En los casos citados, se anticipa que si la madre o abuela, volvieron a enviudar, recobrarán los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

⁵⁵ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Derecho de Familia. 6ª edición, Panorama, México, 2002. p. 162.

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

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

El ejercicio de la función se otorga a padre y madre; al abuelo y abuela paternos y al abuelo y abuela maternos; sin embargo, de acuerdo con la reforma que recomendamos al comparecer a la audiencia pública a la que convocó el Senado de la República para crear la jurisdicción familiar ya no opera la sucesión preferente de los abuelos paternos con la exclusión de los maternos, tomando para ello, las circunstancias del caso, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 414 y 418.

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

A este respecto, recordamos que éstas dos disposiciones en su texto original establecían la posibilidad de pactar entre ambos progenitores, quien de ellos ejercía la patria potestad; habiéndose cambiado esos supuestos para que sólo puedan convenir sobre la custodia. A la vez, también sigue ese mismo lineamiento el texto del artículo 417, que ordena lo siguiente:

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

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar, resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial, podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”⁵⁶

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

No obstante, los preceptos que hasta ahora hemos expuesto, sin embargo, aún no expone el Código vigente las manifestaciones de este derecho paterno. Sin embargo, en una de ellas aparece la primera indicación en el artículo 422.

⁵⁶ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 264.

“Artículo 422. A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.”

Complementariamente, el artículo 423 amplía la anterior función, concediendo a los que ejerzan ese derecho, la facultad de corregir; pero inmediatamente después le impone al titular, la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los que están sujetos. Lo anterior entraña que en el sistema vigente, la potestad paternal se exterioriza mediante dos funciones, la de educar y la de corregir.

Retomando el tema que nos ocupa, se puede afirmar que, la patria potestad se pierde de acuerdo con el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo siguiente.

“Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código.
- III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria (sic) por más de 90 días, sin causa justificada;

- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”⁵⁷

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

D. Importancia de los Derechos de las Niñas y Niños en la patria potestad.

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

⁵⁷ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 110.

“El niño gozará de los derechos del hombre proclamados en la Declaración Universal. Tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona y a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen ante los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. No podrá ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y tampoco son admisibles las injerencias arbitrarias en su vida, su domicilio o correspondencia.”⁵⁸

Las personas a cuyo cargo se encuentra un menor (padres, tutores, curadores, etc.), será posible la intervención en la medida que fuere necesario para su cuidado y educación. El menor tiene derecho a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión e incluso a la libertad religiosa. El niño es titular de derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, los padres poseen con referencia, la facultad de escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos.

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

El documento establece que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma

⁵⁸ TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Ratificados por México. 4ª edición, CNDH, México, 2004. p. 34.

saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El menor tiene derecho a recibir educación, en condiciones de igualdad de oportunidades, para desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social.

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

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

“Esta convención intenta llenar las lagunas existentes en los instrumentos internacionales precedentes. Aunque la comunidad internacional ha puntualizado que la existencia de un marco jurídico no es suficiente para asegurar la protección del niño, al mismo tiempo ha dado relevancia a la consagración formal de sus derechos, por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas.”⁵⁹

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

⁵⁹ Idem.

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

“El artículo 12 establece que, los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.”⁶⁰

El artículo 14 dice que, “la convención asegura al niño el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, aún cuando reconoce a los padres u otros representantes legales la facultad de guiarlo en el ejercicio de tales derechos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, es decir, conforme a sus capacidades evolutivas.”⁶¹

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

El artículo 18, dispone que “la responsabilidad principal de los padres, es la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación primordial será el interés del menor.”⁶² Al mismo tiempo establece que los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y tutores para el desempeño de sus funciones y

⁶⁰ Ibidem. p. 36.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem. p. 37.

velará por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

“Artículo 19. La Convención impone a los Estados partes, la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, mientras el menor se encuentre bajo la custodia de sus padres o de cualquier persona que lo tenga a su cargo, para protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.”⁶³

“Artículo 29. Estas medidas de protección, deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales de prevención y tratamiento de los casos de malos tratos. Por otra parte, los Estados se obligan a adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica del niño, en los casos de que haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso.”⁶⁴

“Artículo 39. Entre los objetivos de la educación del menor, vinculados con nuestro tema, se haya, por un lado, el desarrollo de su personalidad, aptitudes, capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades. Esto significa tener en cuenta en la tarea educativa, las particulares capacidades del menor en cada momento de su evolución. Por otro lado, es necesario inculcar al niño, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.”⁶⁵

⁶³ Ibidem. p. 38.

⁶⁴ Ibidem. p. 40.

⁶⁵ Ibidem. p. 42.

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

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

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

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

Los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los menores contra el uso ilícito de los

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

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

E. Aspectos positivos y negativos de la facultad del Juzgador en materia de patria potestad.

El tema de la patria potestad que hemos venido expresando en el cuerpo de este trabajo, sirve como índice directo de una jerarquía gradual, no considerada expresamente en el texto del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en las causales de divorcio, en las que no existía clasificación alguna que determinara cuáles tenían mayor o menor gravedad. Sin embargo, la regla que estuvo vigente a partir de la aplicabilidad del Código Civil en 1932, señalaba indirectamente fórmulas que establecían cierta jerarquía en cuanto a la trascendencia del divorcio, tenida cuenta que en todo el catálogo de las causales,

con excepción de las previstas en su artículo 268 y en el divorcio voluntario, se consagraba la sanción de pérdida de la patria potestad, como consecuencia de ser culpable del divorcio.

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

1. Aquellos casos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267 en las que el culpable del divorcio perdía para siempre el ejercicio de la patria potestad.
2. Aquellas otras causas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, en las cuales, el culpable del divorcio, aunque perdía la patria potestad, no lo era en forma definitiva ni para siempre, puesto que se anticipaba la posibilidad de que falleciera el cónyuge inocente, a quien se le hubiere reservado el uso exclusivo de esa función, y así la recuperaba.

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

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

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

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

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

La patria potestad, es una figura jurídica de enorme trascendencia en la vida del menor, a tal grado, que de un buen o mal ejercicio de ella, dependerá en

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

CAPÍTULO 3

CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN

El tema que ocupa nuestra atención, como cualesquiera otro, también precisa de conceptos que lo hacen distinto a los demás o al menos presenta caracteres propios, como es el caso de los abuelos, la guarda de menores, la custodia de estos, así como, la titularidad para el ejercicio de la patria potestad pero sobre todo, cuál es el fundamento jurídico, para que el Juez de lo Familiar llame en primer término a los abuelos paternos que a los maternos, para que en caso de faltar los padres, aquellos ejerzan tal derecho. Lo anterior, trataremos de puntualizarlo con el propósito de comprender el tópico citado.

A. Los abuelos en la familia.

Quien en la actualidad, puede decir que no conoce o al menos ha oído hablar de los abuelos en la familia, algunas veces, casi en su mayoría, los identifican o se les refiere, como las personas agradables, de experiencia y que gracias a sus consejos, se puede tomar la mejor de las decisiones.

De manera coloquial los abuelos, son los padres de nuestros papás, es decir los que criaron y alimentaron de ellos.

Desde el punto de vista gramatical, la palabra abuelo, deriva del latín vulgar “**aviólus** que significa respecto de una persona padre o madre de su padre o de su madre”.⁶⁶

⁶⁶ Diccionario de la Lengua Española. T.I. 2ª edición, Milenio, México, 2005. p. 11.

Como podemos ver, los abuelos, dentro de la familia, por antonomasia, representan casi a los consejeros de cualquier núcleo familiar; es decir, su participación es importante, desde el momento mismo en que contrae matrimonio la nueva pareja y por falta de recursos económicos, no cuenta con un lugar independiente donde establecer su domicilio conyugal, por lo regular los cónyuges se van a vivir al hogar de los padres de cualquiera de ellos.

Si les digo abuelos, es que por lo regular, muchas veces, cuando la pareja se une en matrimonio o concubinato ya llevan hijos y a la pareja, se le hace fácil dejar a los hijos con los abuelos, porque, debido al cambio de roles sociales, el hombre y la mujer salen a trabajar, y dejan a los niños al cuidado de los abuelos que son los que de hecho, ejercen la patria potestad.

Cuando pasa lo antes narrado, es justo, que cuando haya divorcio o separación de los concubinos, antes de pensar en quien de los cónyuges ejercitará la guarda o custodia de los menores, lo más salomónico es que dichos actos los ejerzan los abuelos ya sea paternos o maternos en atención del cuidado de hecho y de derecho que estos ejercen, o a caso no es cierto que los mejores cuidadores de los hijos pueden ser los propios padres o los abuelos; claro está, que si los abuelos no reúnen los requisitos de solvencia moral y económica que deben tener de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, lo ideal será dejarlos al cuidado de los padres o de las instituciones encargadas para tal efecto.

Desde el inicio de esta investigación, queremos perfilar la idea que los abuelos sean tomados más en cuenta en el ejercicio de la patria potestad, cuando

sobrevenga ruptura matrimonial o termine el concubinato, y los padres no sean capaces de ejercer tal derecho o se encuentran limitados por la propia ley. Lo anterior, se deriva en que muchos de las veces los abuelos en la práctica sólo piden la guarda o custodia del menor cuando a alguno de los padres, judicialmente se le declara imposibilitado para tal ejercicio.

Lo anterior se puede resumir en que los abuelos, pueden ejercer o pelear por ejercer tal derecho, aun cuando vivan los padres o estos, no cumplan con lo que el Código Civil establece para tal efecto lo que se pretende en esta hipótesis, es que los menores, tengan un desarrollo pleno, no debemos confundirlo con que la patria potestad la ejerza quien más dinero tenga sino más bien el que garantice el interés superior del menor.

La importancia de los abuelos en la familia, es tal que desde el nacimiento de un menor se invoca, el nombre de estos, para que conste en su acta de nacimiento al efecto el Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 59 lo siguiente.

“Artículo 59. En todas las actas de nacimiento se deberá asentar los nombres, domicilios y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubiesen hecho la presentación”.⁶⁷

Lo antes anotado, es con el propósito que los actos señalados se asienten para asegurar la filiación, ascendencia y derechos hereditarios que tenga la

⁶⁷ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 21.

persona que se registra, así como los derechos alimentos que se pudiera llegar a tener.

Finalmente, quiero dejar precisado que los abuelos, efectivamente, juegan un papel importante dentro de la familia siempre y cuando estos, estén en condiciones, físicas, morales, económicas y motrices de poder valerse por si mismos. Desafortunadamente, siendo realistas muchas de las veces, representan una carga para la familia y sociedad, pero que si se hace un cambio de cultura sobre la senectud, estos, regresan a su infancia y requieren los mismos o mayores cuidados que un niño.

Por lo expuesto, proponemos que el abuelo o los abuelos sean tomados en cuenta por el juez de lo familiar, como coadyuvantes en el otorgamiento de guarda, custodia y ejercicio de la patria potestad; es decir, que sean consejeros o se escuchen sus sugerencias, cuando estos, estén aptos para hacer tales apreciaciones, así, como cuando reúnan los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio de la patria potestad, ya que muchas personas, se convierten en abuelos a temprana edad o en plenitud de facultades físicas y de productividad. Sólo en estos casos, podrán ejercer y pelear por tal derecho.

B. Guarda de los menores.

Cuando escuchamos la palabra guarda, instintivamente, creemos que es algo que debe ocultarse o esconder.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, Guarda significa:

“El que guarda una cosa”.⁶⁸

Para Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho, Guarda significa:

“Cuidar, custodiar, vigilar, cumplir”.⁶⁹

El maestro José Luis Lechuga Martínez, en la obra compendio de términos de Derecho Civil, precisa que guarda, “es la acción de conservar, guardar o defender, persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa o la custodia de una persona. Acción de guardar con cuidado y vigilancia”.⁷⁰

Con relación al tema que nos ocupa, por guarda deberá entenderse, aquella persona que en su nombre cuida o vigila de otra ya sea por voluntad o por resolución judicial.

C. Custodia de menores.

De acuerdo a lo expuesto en el punto inmediato anterior, corresponderá hacer lo propio con el término “custodia” el cual nos da la idea de seguir o de vigilar a alguien, de resguardarla o protegerla.

⁶⁸ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 172.

⁶⁹ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Op. cit. p. 304.

⁷⁰ Cit. Por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Compendio de Términos de Derecho Civil. 2ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 266.

Para el Diccionario de la Lengua Española, custodia significa “la persona encargada de custodiar o encargada de escoltar a un preso”.⁷¹

Para el jurista Rafael de Pina, custodia es:

“La guarda o cuidado de una cosa ajena o vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente”.⁷²

Con relación al tema en comento, la custodia es la acción y efecto de custodiar o guardar con cuidado al o a los hijos por los progenitores o encargados de ello.

Para nosotros la guarda y custodia, son términos semejantes porque nadie puede custodiar a otro, si no tiene la guarda de este, es decir, la guarda es el género y la custodia, la especie o la consecuencia. A efecto de ahondar sobre lo expuesto, será oportuno precisar lo siguiente.

En su obra *Etimologías Grecolatinas del Español*, el autor Mateos M., Agustín opina que:

“Las palabras guardar y custodiar proceden, respectivamente, del germanesco **wardon** que significa cuidar, y del latín **custos** derivado de **curtos**, forma agente del verbo **curate**, que también quiere decir cuidar”.⁷³

⁷¹ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 81.

⁷² DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Op. cit. p. 122.

⁷³ MATEOS M., Agustín. *Etimologías Grecolatinas del Español*. 6ª edición, Esfinge, México, 2005. p. 112.

El Diccionario Jurídico Mexicano cita que por guarda de los hijos se entiende, en lenguaje jurídico:

“La acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia”.⁷⁴

En esta acepción genética se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta la tesis siguiente:

“La no existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades”.⁷⁵

Es de observarse que, al menos en su origen, la figura que analizamos implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas.

⁷⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 10ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 102.

⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación. T.XVI. 2ª Sala, Vol. II. 9ª Época, Mayo-Junio. México, 1996. p. 818.

Así, en el Código Civil para el Distrito Federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, quedan vestigios de que se daba a la guarda de hijos un carácter similar al de depósito o secuestro judicial, para fijar una nueva situación de ellos dentro del proceso correspondiente; pero ante las críticas de que representaba una aberración considerar a las personas como cosas, así como la frecuencia de nuevos conflictos familiares por la aplicación de las disposiciones relativas a aquellos contratos, se limitó el concepto de que se trata, a una simple separación en que se deja a los interesados la libre disposición de sus actos.

Por extensión se llama además “guardador de hijos”, a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor.

Advierte Ure que:

“Esta última acepción se refiere a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, al mantener relaciones domésticas con el jefe del mismo, de suerte que éste viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz, que a su vez origina deberes genéricos, materiales y morales para con el que por cualquier causa, se halla bajo su cuidado y bajo su protección”.⁷⁶

⁷⁶ URE, Alberto. La Custodia de los Hijos. 2ª edición, Bosch, España, 2000. p. 114.

En algunas legislaciones como la chilena, se reglamenta con el nombre de guarda a la tutela, y en otras, se le confunde con la llamada tutela de hecho o falsa, en la que el tutor, carece de título y actúa como tal, misma a la que el Código Civil colombiano le atribuye obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor, sin perjuicio de no comprometer al pupilo sino en cuanto sus actos reporten ventaja.

El derecho de guarda de hijos resulta por tanto una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos, que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de solidaridad social, o la ley al poner en mano de personas extrañas a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible.

En el Derecho Romano, opina Petit Eugene:

“Era la custodia una especie de diligencia que consistía en mantener el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, extender la responsabilidad del deudor hasta los casos fortuitos con el hurto o la huida del depositado”.⁷⁷

En el Derecho Moderno, esta última responsabilidad se ha desechado, pero ha tomado carta de naturalización un concepto de “guardián jurídico” que corresponde al poder efectivo de dirección, siempre que el custodiante, en virtud de alguna circunstancia de hecho, no se encuentre imposibilitado de ejercerlo, de modo que la repetida responsabilidad sólo se conserva parcialmente.

⁷⁷ PETIT, Eugene. Op. cit. p. 512.

En nuestro sistema legal los que ejerzan la patria potestad y los tutores tiene 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, y cesar su responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., pues entonces les corresponde a éstos.

Cabría clasificar la guarda de los hijos, como general y especial, según se derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente.

En el primer caso estaremos en la presencia de una atención ilimitada, mientras que en el segundo, el control se restringiría a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada.

No obstante, creemos que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley.

Otras divisiones podrían ser provisional o definitiva conforme al lapso que dure la guarda, natural o judicial y única o múltiple que no requieren explicación.

El medio usual de constituir la guarda de los hijos, se le debe hacer constar por escrito en un convenio homologado ante el juez familiar en la vía de

jurisdicción voluntaria o en un incidente o juicio especial llamado de controversia familiar, en el que intervendrá necesariamente el Ministerio Público si se trata de menores.

Se sugiere esta forma en diversas disposiciones legales que facultan a los padres con anticipación a la decisión judicial para convenir sobre la custodia de los hijos, sobre todo, cuando se trata de hijos habidos fuera de matrimonio, requeridos por padres que viven separados.

Pero podría llevarse a cabo en forma verbal, cuando el lapso que vaya a durar la guarda no lo amerite, como en el caso de nodrizas, institutrices académicas o de la popularizada actividad norteamericana conocida como ***baby sitters***, que toman a su cuidado, por horas, la atención personal de criaturas.

Asimismo, tendrán que tomarse en cuenta ciertas reservas que se previenen para los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, filiación de hijos reconocidos, adoptados o acogidos por mujer lactante que satisfaga requisitos de posesión de estado.

Sin embargo, a falta de disposición expresa, incumben al guardador los derechos y las obligaciones habituales de un buen padre de familia, se incluye la vigilancia, alimentación, educación, representación en su caso, corrección y convivencia en particular dándose a este respecto, diversas situaciones que ameritan ser examinadas.

El deber de compañía es un medio ordinario de cumplir con la función de custodia, pero no existe estrictamente posesión objetiva sobre la persona del hijo, esta circunstancia pone de manifiesto que cuando se habla del derecho de retener o reclamar a los hijos, se plantean cuestiones en sentido figurado.

Desde luego, la convivencia puede llevarse a cabo en el lugar previsto, que puede ser el hogar u otra localidad favorable para su desarrollo, como sería un establecimiento educativo o militar o la casa de un tercero.

Hay casos de conflictos regulares, sobre todo en los procedimientos de divorcio o de nulidad del matrimonio, y por ello, se faculta al Juez competente para fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar los hijos, al tomar en cuenta fundamentalmente la conveniencia de éstos, sin perjuicio de oírlos personalmente cuando tuvieran el suficiente discernimiento para modificar el lugar de residencia.

Desde otra perspectiva, podemos decir que, la guarda de los hijos se constituye desde que se establece por los interesados la patria potestad o la tutela, así su ejercicio exclusivo depende de ellas; pero bien puede ser instituida por el juez familiar en los casos de procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Se modifica dicha guarda de común acuerdo por los interesados o por el Juez, de acuerdo a las nuevas circunstancias que así lo reclamen.

Se extingue la repetida custodia por muerte de los afectos, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen y por resolución judicial dictada en incidente por el cual, se acredite la inconveniencia de la medida.

El Código Civil para el Distrito Federal, refiere a la guarda o custodia de los hijos o incapaces en general, en las siguientes disposiciones:

- i. En el artículo 259 a propósito de los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio, cuando deja a los ex cónyuges la posibilidad de proponer su custodia, debe resolver el juez conforme a criterio debidamente fundado;
- ii. En el artículo 273 cuando requiere a los divorciantes voluntarios para que designen persona que se haga cargo de los hijos;
- iii. En el artículo 283 cuando determina que los hijos quedarán en poder del cónyuge indicado;
- iv. En el artículo 378 cuando faculta a la mujer lactante que ha satisfecho posesión de estado, para no entregar al niño a su cuidado sino por sentencia ejecutoria;
- v. En el artículo 380 cuando previene la facultad judicial de resolver si los padres, que vivan separados, no se ponen de acuerdo siempre que hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo;
- vi. En el artículo 381 cuando admite el derecho de los padres para ejercer la custodia, conforme al orden del reconocimiento del hijo;

- vii. En el artículo 413 cuando indica que el ejercicio de la patria potestad se sujeta en cuanto a la guarda de menores, a las modalidades precisadas con anterioridad;
- viii. En el artículo 423, cuando faculta a los que ejercen la patria potestad para corregir a los hijos bajo su custodia;
- ix. En el artículo 444 cuando fija como causa de la pérdida de la patria potestad, la exposición o el abandono que hagan los padres de sus hijos, relacionado con el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles que dispone el depósito de los referidos menores en la vía de jurisdicción voluntaria;
- x. En el artículo 1922, cuando dispone que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

En materia de jurisprudencia, importa precisar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia para que, en el juicio de amparo, proceda la suspensión sin fianza de la resolución de autoridad que pretenda privar a quienes ejercen la patria potestad de la custodia de un menor. En otras ejecutorias, afirma nuestro mencionado tribunal, que en el divorcio, la guarda de los menores de tres años corresponde a la madre aunque resulte culpable,

advirtiéndose que esta tesis se ha modificado recientemente en el sentido de que, por causa de interés social, los menores que se encuentren en poder de su madre, no podrán pasar a la custodia de su padre que los solicite, a menos que se esté en los casos de excepción legal.

D. Titularidad para el ejercicio de la patria potestad.

Antes de hablar sobre la titularidad en el ejercicio de la patria potestad, es conveniente referirnos, aunque en forma breve, sobre quiénes se ejerce tal derecho.

La institución del Derecho Familiar mencionada, está destinada a los menores de edad que están sujetos a ella, a excepción de los menores que se emancipan o dejan de serlo.

Para comprobar lo dicho, será necesario citar lo que establece el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal.

“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.”⁷⁸

⁷⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 103.

La emancipación deriva del matrimonio de un menor de edad; el emancipado tiene una capacidad de ejercicio limitada; los preceptos del Código Civil indicativos de sus contornos, son los siguientes:

“Artículo 641. El matrimonio del menor de dieciocho años, produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, no recaerá en la patria potestad.”⁷⁹

“Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; y
- II. De un tutor para negocios judiciales.”⁸⁰

Con relación al artículo 641, podemos decir que, es claro, en cuanto a la emancipación aunque lo consideramos impreciso ya que, si el matrimonio se disuelve, digamos al otro día, el menor no debe recaer en la patria potestad, es decir, este precepto, es confuso y quizás dé pauta a otra discusión o trabajo de tesis. Asimismo, el artículo 643, también debe actualizarse con relación a los tiempos que se viven, ya que, en la actualidad, muchos menores celebran varios actos de derecho que, de no señalar que son menores los titulares, producirán todas sus consecuencias jurídicas.

⁷⁹ Ibidem. p. 154.

⁸⁰ Ibidem. p. 155.

Con relación al tema en estudio, el artículo 412, previene una liberación temprana de los padres en el ejercicio de la patria potestad, aunque conservan dicho derecho en el artículo 641 al señalar de la autorización judicial para vender, gravar o hipotecar sus bienes o de un tutor para negocios judiciales que muchas de las veces, es el padre o madre.

Ahora bien, la titularidad del ejercicio de la patria potestad, la ejercerán en primer término, los padres, para el supuesto de que alguno de ellos falte, el otro la ejercerá. Para el caso de que ambos falten (padre y madre); corresponderá tal ejercicio a los abuelos, ya sean paternos, ya maternos, de acuerdo al criterio del Juez de lo Familiar.

El artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal ejemplifica en su cuerpo legal, lo anotado de la siguiente manera.

“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.”⁸¹

⁸¹ Legislación Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 65.

De lo escrito, se infiere que el ejercicio de tal derecho, corresponde de manera exclusiva a ambos si alguno falta el otro la ejercerá. En caso de fallecimiento, el padre sobreviviente lo hará.

Antes de las reformas del 25 de mayo del 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, el numeral 414 citado, precisaba el orden de atribución del ejercicio de la patria potestad: padre y madre, abuelos paternos y abuelos maternos.

Para Daniel Pérez Zavala, “el texto vigente es correcto; no hay razón para que exista prelación de los abuelos paternos sobre los maternos.

La situación óptima, no me atrevo a decir “general”, en que padre y madre vivan juntos y los dos ejerzan una patria potestad plena, tienen al menor junto a ellos, es viable cumplir con el deber de educar.

Ocurre, desgraciadamente con frecuencia, que los padres vivan separados, en tal caso, ambos conservan la patria potestad, pero uno de ellos, tendrá la custodia, bien por convenio entre padre y madre, o por determinación del Juez de lo Familiar.”⁸²

Para precisar lo dicho por el Jurista mencionado, será oportuno citar lo que establece el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸² ZAVALA PÉREZ, Daniel. Op. cit. p. 325.

“Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relacionado 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.”⁸³

Como puede apreciarse, el legislador, trata de proteger lo que más interesa al menor para un adecuado desarrollo psicoemocional del infante, hasta lograr su mayoría de edad.

Es benéfico, que la guarda y custodia se delimiten y que uno ejerza la guarda y el otro, el que no vive con él, proceda a ejercer la custodia, como términos distintos, todos en aras del bienestar del infante.

En otras palabras, podemos decir, que aquél padre o madre, que tiene la guarda del menor, es decir, que viva con él, tendrá el ejercicio total de la patria potestad.

⁸³ Legislación Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 65.

A efecto de apuntar claramente lo dicho, Bueres y Highton, escriben: “El ejercicio de la patria potestad lo presenta el mismo régimen que el de su titularidad. Como veremos a continuación, el ejercicio de la patria potestad se concede por la ley de manera diferente, es decir, a ambos padres o a uno de ellos, según las pautas establecidas por el artículo 264, párrafo segundo del Código Civil Argentino.

Dicho ejercicio puede ser compartido o unilateral, según los casos. “El ejercicio de la patria potestad se concede plenamente a ambos padres cuando conviven con el hijo menor, lo que facilita el gobierno de la persona y bienes del hijo, y el cumplimiento de los fines de la patria potestad.”⁸⁴

Del artículo citado del Código Civil Argentino, se puede deducir, que en el supuesto que los progenitores no convivan con el menor, la ley le imputa tal ejercicio de la patria potestad al progenitor que sí convive con este. Aquí, se está en presencia de un ejercicio unilateral de la patria potestad.

Con relación a lo expuesto, los autores antes señalados precisan que: “Esta atribución por la ley del ejercicio de la autoridad a uno de los padres, no significa que el otro progenitor, el padre no ejerciente cotitular de la patria potestad, sea desplazado totalmente del ejercicio de la autoridad de padre. Así, el padre que no tiene al hijo consigo, el no ejerciente, puede comunicarse adecuadamente con su

⁸⁴ BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena. Código Civil Argentino y Jurisprudencias. T.I. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2002. p. 595.

hijo, supervisar su educación, alimentarlo, puede oponerse a los actos que disponga en la vida cotidiana el padre ejerciente, y es convocado necesariamente para prestar su consentimiento en los actos trascendentes para la vida del hijo.”⁸⁵

Para relacionar lo apuntado con nuestro derecho, será conveniente citar lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

“326 PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA.- La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su experiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.”⁸⁶

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia en cita, establece la convivencia, pero sobre todo, la guarda del hijo para ambos padres, porque, sólo así, se garantizaría el adecuado desarrollo psicoemocional del menor, de ser posible, en el mismo techo, pero esto, a veces se hace imposible, por los compromisos y relaciones nuevas de los progenitores.

Para confirmar lo expuesto en nuestro marco jurídico, será oportuno citar los artículos 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal que establecen.

⁸⁵ Ibidem. p. 452.

⁸⁶ Apéndice. Semanario Judicial de la Federación 1917-2000. T.IV. Materia Civil. Vol. I. p.p. 222 y 223.

“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 corresponda.”⁸⁷

“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.”⁸⁸

Con relación a estos artículos, Daniel Zavala Pérez hace el comentario siguiente:

“Se desprende de lo transcrito que puede estar dissociada la patria potestad de la custodia, es decir, que una persona que no tenga la patria potestad puede tener la custodia, por ejemplo, los padres, quienes ejercen la patria potestad, convienen en que la custodia la tenga una abuela.

⁸⁷ Legislación Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 66.

⁸⁸ Idem.

Más aún, en situaciones excepcionales y siempre en aras del interés y educación del menor, en caso de controversia entre el titular de la patria potestad y un tercero que ha tenido la custodia, se resuelva judicialmente a favor del tercero.⁸⁹

Para finalizar este punto, es conveniente señalar que, la figura jurídica de la patria potestad, se puede desvincular de la guarda y de la custodia, cuando el interés del menor así lo requiera. En este sentido, es entendible que la patria potestad incluya, no sólo derechos, sino también deberes u obligaciones, sobre todo en lo que al interés y protección del menor se refiera.

Con relación a los supuestos de derechos y obligaciones mencionados sobre la función de la paternidad en que inciden el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor dentro del campo de lo social.

Lo anterior, queda manifestado cuando se encuentra probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad. El menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro.

⁸⁹ ZAVALA PÉREZ, Daniel. Op. cit. p.p. 327 y 328.

“Especialistas en el estudio de los menores, han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor, se lleva a cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que ni es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí para la percepción del entendimiento y de la emoción.”⁹⁰

De lo anterior, se concluye que sólo en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo a las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre, la vigilancia sobre esta custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce.”

A manera de resumen, diremos que la patria potestad, se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Dicha función, se ejerce por los padres y 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 la ley civil, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo

⁹⁰ Ibidem. p. 328.

grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso. 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 cualquiera autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda. 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, ya que los integrantes de la familia, tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, con la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar. Para ello, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo con las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de 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 la naturaleza de las resoluciones provisionales o definitivas que dicte, que pueden alterarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se haya deducido en el juicio correspondiente. 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.

E. A quién debe llamar en primer lugar el Juez de lo Familiar, a los abuelos paternos o a los abuelos maternos.

El Código Civil para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000, establecía que la patria potestad concebida como un conjunto de deberes respecto a los hijos o a los nietos en su caso, podía ser ejercida por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos o por el abuelo o abuela maternos. Este orden no significaba que así debía llamarlos u otorgarla, como se señalaba en el artículo 414 del Código Civil en mención.

“Artículo 414. 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.”⁹¹

En la actualidad, el numeral citado, ha cambiado sustancialmente y se lee en él, lo siguiente.

⁹¹ Código Civil para el Distrito Federal. 57ª edición, Porrúa, México, 1997. p. 120.

“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.”⁹²

Como podemos ver, este numeral, revolucionó en orden cronológico, el supuesto de creer que, en primer término, se llamara a los abuelos paternos y luego a los maternos. Ante esto, el numeral invocado, especifica que el Juez, resolverá el orden en que deban ser llamados los ascendientes en segundo grado (abuelos), sin mencionar a quiénes, es decir, queda al arbitrio del Juez Familiar.

La hipótesis o preocupación de la tesis, estriba, en que los abuelos sean tomados en cuenta para el ejercicio de la patria potestad, bajo las circunstancias que plantearé en el siguiente y último capítulo, es decir, se tomará en cuenta su estado de salud, edad, posición económica y moral, la confiabilidad para el cuidado de los hijos y manutención, pero sobre todo, se debe vislumbrar que los abuelos, con las condiciones antes señaladas, sean los depositarios de sus nietos y que su hogar, sirva como casa de visita o de convivencia de los padres con sus hijos, estos, obviamente, procedería cuando exista un total desacuerdo para la

⁹² Legislación Civil para el Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 65.

convivencia con el menor en alguna de las instituciones públicas o privadas existentes para tal efecto. Lo importante es no romper con ese ambiente familiar.

Probablemente, suene fuera de texto lo planteado, pero consideramos que no es tal, ya que muchas de las veces, los abuelos fueron los que cuidaron a los menores o menor e incluso, existe más cariño hacia estos que a los propios padres.

Con relación a lo expuesto, debemos ser cautos, ya que, así como acarrearía derechos para los abuelos por el ejercicio de tal potestad, también traería aparejado obligaciones, razón por la cual, debemos ser selectivos en cuanto a legislar sobre este tópico. Obviamente, el orden cronológico en que sean llamados los ascendientes, quizás deba cambiarse, en razón de la familiaridad o cariño y confianza que demuestren las partes, esto, traería como consecuencia, un cambio en las actitudes de los abuelos para con sus nietos y por consecuencia de los padres para con sus hijos, lo cual, beneficiaría al menor en su desarrollo, atención, no me refiero a cuidados y mimos excesivos de los padres para con sus hijos o de los abuelos para con sus nietos, sino simple y llanamente, lo que más beneficie al menor.

Lo novedoso de la tesis, estriba en que los abuelos puedan ejercer de hecho y de derecho, la guarda y custodia del o los menores, e inclusive, a falta de los padres, también la patria potestad, cuando por mal comportamiento de estos se les suspenda o limite, es decir, si los hijos fueran entregados en custodia a los

abuelos, los padres podrán seguir ejerciendo la patria potestad con las limitantes que el Código Civil para el Distrito Federal establece.

CAPÍTULO 4

IMPORTANCIA JURÍDICA, MORAL Y SOCIAL DE LOS ABUELOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de la presente tesis; es importante que los abuelos por ambas partes, sean tomados en cuenta para el ejercicio y buen funcionamiento de la patria potestad, siempre y cuando, estos, gocen de buena salud y reputación; para al menos, hacer sugerencias para tal ejercicio al juez familiar de la causa o, influyan en un momento determinado al otorgamiento, suspensión o limitación de dicho acto, y si éstos están en facultades tanto físicas, morales, sociales y económicas pueden hacer lo propio a favor de sus nietos tomando en cuenta lo que más beneficie al menor o incapaz.

A continuación, trataremos de señalar la importancia ya sea jurídica, moral o social de la participación de los abuelos en el ejercicio de la patria potestad, así como guardadores o custodios de sus nietos.

A. Importancia Jurídica.

La importancia jurídica de los abuelos en el ejercicio de la patria potestad, deriva en atención a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales, Código Civil para el Distrito Federal, así, como de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Distrito Federal, las leyes referidas serán analizadas a continuación.

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su cuerpo legal lo siguiente.

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.⁹³

De la lectura de sus párrafos primero y tercero se concluye que todo individuo (personas) por el simple hecho de serlo ejercerá de las garantías que otorga la Constitución referida, incluyendo, obviamente a los abuelos.

Asimismo, en su párrafo tercero, se lee que la edad, no será motivo de discriminación al igual que la salud siempre y cuando, no pretenda menoscabar

⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 22ª edición, Comentada por Rubén Delgado Moya. Sista, México, 2008. p. 1.

los derechos y libertades de las personas, la edad para el ejercicio de la patria potestad, si es una limitante para el caso de los abuelos e incluso de los padres, porque, se debe cuidar el interés superior del menor, es decir, tal y como nosotros lo proponemos.

En otras palabras, podemos decir, que dicho artículo encierra de manera absoluta e innegable, la garantía individual o derecho absoluto de igualdad que se ha considerado, existe entre todos los seres humanos. Esta declaración general de igualdad que comprende el artículo 1° de nuestra Constitución Política, responde a la esencia de la Declaración de los Derechos del Hombre. El hombre a que se refiere este dispositivo jurídico, es toda persona, física o moral, que vive o se halla establecida, así sea de manera transitoria, dentro del territorio de la nación mexicana, sin que interese su calidad nacional, migratoria, sexo, edad, estado civil, ideología política o credo religioso.

Con relación a los Convenios Internacionales firmados por México, existe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece que, “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”⁹⁴

De acuerdo a tal Declaración, podemos decir, de acuerdo a sus artículos I, II y XII, lo siguiente.

⁹⁴ TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Op. cit. p. 20.

“Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”⁹⁵

El numeral citado, al igual que nuestra Constitución Política, precisa que de manera general, todo ser humano tendrá derecho a los derechos innatos del hombre, como son la vida, libertad y seguridad de su persona, por medio de quien se la pueda brindar.

“Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna.”⁹⁶

El artículo transcrito precisa que, todas las personas son iguales ante la ley y tendrán los mismos derechos y deberes, aquí, se incluye también a los abuelos.

El artículo XII de la Declaración referida, establece en su párrafo I, lo siguiente.

“Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.”⁹⁷

Al hablar este artículo de educación, también incluye a niños, abuelos y en general, a toda persona, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que aquí se precisen; libertad, moralidad y solidaridad humana.

⁹⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 2ª edición, CNDH, México-E.U., 1948. p. 6.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Ibidem. p. 8.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, encuadra la importancia e igualdad jurídica de los abuelos, principalmente en la lectura de su artículo 2° que establece:

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.”⁹⁸

El artículo transcrito del Código Civil para el Distrito Federal, tiene estrecha relación con los numerales 4°, párrafo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los preceptos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También hay relación con el tema, en los artículos 414, 416, 417 y 418, respectivamente del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales no transcribimos, porque ya lo hicimos en los capítulos anteriores.

Finalmente, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Distrito Federal, establece la importancia jurídica de los abuelos, pero más que nada, para que se les reconozcan los derechos a los cuales puedan acceder, derivados de la lectura de los artículos 5° y 6° respectivamente, donde a grandes

⁹⁸ Legislación Civil para el Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 29.

rasgos, se establece que estas personas, tienen derecho a su integridad, dignidad a la certeza jurídica y familiar, así como a la salud, alimentación, educación, recreación, participación e información al trabajo y a la asistencia social.

De lo anterior se infiere que, los ordenamientos citados, prevén la inclusión de las personas adultas en el reclamo y ejercicio de sus derechos, como pueden ser, en representación y tutoría del menor en juicios legales, o, hasta el de participar en la educación de estos, cuando las condiciones físicas, de salud y económicas lo permitan.

B. Importancia moral.

Consideramos que una de las principales ayudas o sugerencias que pueden aportar los abuelos, tanto a los nietos como a los padres de estos, es en el aspecto moral, ya que los abuelos, han vivido más tiempo que los padres y nietos y por consecuencia, se han equivocado más veces.

Para poder proponer o convertirse en guía o tener autoridad moral para sugerir algo, tanto a los hijos como a los nietos, los abuelos necesitan obligatoriamente haber llevado si no una vida ejemplar, al menos normal, que los ponga ante tal potestad, ya que desde siempre en muchas culturas y legislaciones antiguas y contemporáneas, a las personas de más edad, se les tiene como a las más sabias o con mayor experiencia en los conflictos familiares, siempre y cuando, dichas personas, traten de ser lo más imparciales posible, esto, es algo difícil pero no imposible.

Debemos proponer un cambio en la cultura y tradición de los abuelos, en el manipuleo o influencia negativa que puedan tener, tanto en sus hijos, como en los nietos e inculcarles que deben ver y observar lo que más beneficie al menor. Se propone que los abuelos, sean los custodios y guardadores de los infantes para el caso de divorcio y con las condiciones o requisitos que hemos señalado, ante la ausencia de los obligados primarios a ejercer la patria potestad, estos lo hagan.

Si logramos lo señalado, estoy segura que se harían innecesarios los juicios traumantes de guarda, custodia y ejercicio de patria potestad para los menores e inclusive, para los padres, los abuelos tienen mucho que aportar; lo difícil de esto, será precisamente concientizarlos y que no ejerzan el síndrome de aleación tan dañino para padres e hijos.

C. Importancia social.

Desde el punto de vista social y acorde a nuestra idiosincrasia, es bien visto que los abuelos sean los custodios y guardadores de los nietos, e inclusive, que ellos ejerzan, en caso de controversia familiar, la patria potestad.

Lo antes dicho, sería procedente, únicamente, en casos en que los padres no fueran aptos para tal ejercicio, o por las controversias suscitadas, fuera imposible la convivencia familiar de los hijos con sus padres.

También será procedente, cuando se dé una buena relación entre los padres y decidan que las visitas se hagan en casa de los abuelos de manera indistinta.

La sociedad mexicana está preparada para tal acto, a tal grado que, muchas de las veces, debido a la juventud de los padres o por la irresponsabilidad de estos, los abuelos hacen suyos a los hijos de la hija o el hijo.

Aquí, debemos distinguir que, lo importante es lo que más beneficie al menor, es decir, se le debe propiciar un ambiente familiar, lo más parecido al que pudiera tener con sus padres; los abuelos, por lo tanto, como ya criaron a los hijos, no les será difícil criar a los nietos, siempre y cuando, sean física, médica, económica y moralmente aptos para tal fin. También podrán ser y hacerse responsables de los actos que los nietos hagan durante la minoría de edad.

Con lo anterior, no queremos quitar responsabilidad a los padres y adjudicársela a los abuelos, ya que los primeros, tendrán todas las obligaciones que de hecho y de derecho les sean imputables, aquí de lo que se trata, es que al menor, se le propicie y se le críe en un ambiente sano y lo más parecido al hogar familiar, procurando la convivencia con sus padres y abuelos paternos y maternos.

Finalmente, desde el punto de vista social, será saludable o más sano que al menor se le visite en casa de los abuelos, que en alguna otra institución de asistencia pública o privada. Así como también, que los abuelos suplan la figura de los padres cuando a estos les es imposible ejercer tal derecho, de esta manera se pretende eliminar, las características de hijos del divorcio, o de ser testigos de una mala relación por sus padres en el ámbito familiar.

Lo anterior, pudiera significar, para muchas familias, el inicio de un reencuentro, aunque, queremos dejar claro, que nada suple a los padres, claro

está, cuando estos hacen lo posible por mantener tal unidad familiar, pero cuando sucede lo contrario, lo ideal sería buscar apoyo en los ascendientes directos de una u otra parte.

D. El ejercicio de la patria potestad por los abuelos en:

Como sabemos, es poco el campo jurídico explorado con relación al ejercicio de la patria potestad por los abuelos, máxime, que es árido el tema a tratar y sólo se está, a lo que superficialmente, trata el Código Civil para el Distrito Federal, a tal grado, que son pocos los autores que tratan tal tópico, entre ellos, el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, quien comenta lo siguiente.

“Poco o nada se ha dicho, en relación al papel que los abuelos paternos o maternos, juegan en la familia. Relegados muchas veces por su edad, o por sus condiciones físicas, los abuelos no son considerados en los conflictos que se dan entre los padres con respecto a sus hijos. Sin embargo, debemos percatarnos de la gran trascendencia que los abuelos tienen, sobre todo, cuando surge un problema en la familia. El papel que estos juegan, es tan importante, que la ley lo regula de una manera, cuando se trata de un conflicto respecto a personas casadas; de otra, cuando se habla de concubinato; diferente, cuando se refiere a personas divorciadas y totalmente distinto, cuando se habla de la madre o del padre solteros”.⁹⁹

⁹⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Volumen II, 4ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 2004. p. 237.

A continuación trataremos de explicar con apoyo del Código Civil para el Distrito Federal, lo referido al ejercicio de la patria potestad por los abuelos, en el matrimonio, concubinato y en el caso de padre o madre solteros.

1. Matrimonio.

Desde épocas pasadas, y actuales, el matrimonio, es la forma más conveniente de formar una familia, no queremos, señalar con esto, que los otros, no sean convincentes, obviamente hago tal aclaración porque es de dominio popular que a pesar de la erradicación discriminatoria de los hijos en el Código Civil para el Distrito Federal, todavía en pleno siglo XXI en algunas legislaciones del país todavía existe.

Por lo regular, los abuelos, tanto paternos como maternos, cuando existe un distanciamiento de los hijos en su relación matrimonial, cualquiera de aquellos, quiere hacerse cargo de los nietos e incluso, los apoyan moral y económicamente. Antes de las reformas del 25 de mayo del 2000 como ya lo mencionamos, en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, se establecía que la patria potestad, la podían ejercer, los padres y si faltaba alguno, el otro podía hacerlo. Para el caso, de que ambos faltaran lo podían hacer los abuelos paternos y/o los abuelos maternos.

Señalamos lo anterior, en razón que en la actualidad ya no se hace tal distinción y el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal; únicamente

precisa que la patria potestad, sobre los hijos se ejerce por los padres y si, por alguna circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. Asimismo, también establece el numeral citado que, para el caso de que ambos padres falten por alguna de las causas previstas en el Código Civil en mención, podrán ejercer la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado de acuerdo al orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Queremos destacar, que al menos en el matrimonio, es comprensible, tanto por disposición de la ley, como por la aceptación popular que tal potestad, también se ejerza para los bienes del menor.

Lo anterior, se está en la hipótesis del hijo reconocido, y aunque no lo fuera, es hijo de matrimonio. Lo anterior, es citado porque a pesar de los avances técnicos del Código Civil para el Distrito Federal, no establece dicho ordenamiento, cómo se va a ejercer la patria potestad, por los abuelos, ni hasta dónde, estos serán responsables de los actos de los nietos; por ello, consideramos pertinente subsanar tal omisión.

2. Concubinato.

Antes de hablar sobre el ejercicio de la patria potestad por los abuelos en el concubinato, es conveniente señalar que esta figura jurídica, en la sociedad actual, ha aumentado al paso del tiempo, es indudable que el concubinato, aunque no es la forma ideal y moral de formar una familia, si constituye una vía para ello.

A pesar de que se han dado cambios en las diferentes legislaciones de nuestro país, es indudable que el concubinato es una figura insuficientemente regulada.

Actualmente, en nuestra legislación y con la reforma del 25 de mayo del 2000, se adicionó al Título Quinto el capítulo XI, Del Concubinato, para regular esta figura de la siguiente manera:

“Artículo 291-Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

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

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe, podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.”¹⁰⁰

“Artículo 291-Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”¹⁰¹

¹⁰⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Op. cit. p.p. 76 y 77.

¹⁰¹ Ibidem. p. 77.

“Artículo 291-Quáter. El concubinato genera entre los concubinos, derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.”¹⁰²

Con relación a los hijos nacidos durante el concubinato, en el artículo 383 del mismo Código se establece:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”¹⁰³

Cabe comentar que por tratarse de una situación de hecho, frecuentemente es difícil acreditar el momento en el que se inició la vida en común y el momento de terminación de la misma. Es evidente que si los concubinos se unieron sin considerar necesario contraer legítimo matrimonio ante el Juez del Registro Civil, tampoco tendrán la necesidad de ocurrir ante el Juez de lo Familiar para terminar su vida en común, por tratarse de una situación de hecho. Esto afecta gravemente en contra de los intereses superiores de los hijos procreados en el concubinato.

En cuanto a los efectos jurídicos que produce el concubinato, respecto de los hijos en el actual Código Civil para el Distrito Federal, encontramos los siguientes:

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

1. Reconocimiento.
2. Filiación y parentesco.
3. Investigación de la paternidad o maternidad.
4. Patria potestad.
5. Derecho a alimentos.
6. Derecho a heredar.

Queremos señalar que de los efectos mencionados, sólo se comentará lo relativo al reconocimiento y patria potestad, que son los temas que nos interesan.

Con relación al primer punto, diremos que la condición para que los hijos fruto del concubinato adquieran los derechos que la ley les reconoce, es el acto del reconocimiento por parte de sus descendientes, ya sea por el padre o por la madre o por ambos.

La legislación establece en el artículo 369 varios modos de reconocimiento, fuera de los cuales, ningún otro produce efectos.

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

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo Juez;
- III. Por escritura pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”¹⁰⁴

Derivado de lo anterior, el hecho de que se exija el reconocimiento de los hijos nacidos del concubinato, es una injusticia, pues queda al arbitrio de los padres el que sus hijos queden protegidos a través de los derechos que la ley les reconoce, lo cual, al mismo tiempo fomenta la irresponsabilidad reproductiva y si tomamos en consideración que el fin primordial que se estableció en la exposición de motivos del Código Civil de 1928 para regular al concubinato, fue precisamente la protección de los hijos producto de dicha unión, resulta que el reconocimiento como condición para que los hijos adquieran los derechos que la ley les confiere, es contrario a los fines del concubinato, ya que a estos quedan totalmente desamparados y desprotegidos hasta que se les otorgue el reconocimiento.

Ahora bien, con relación a la patria potestad, como derecho derivado de la filiación para los hijos del concubinato, es decir, cuando estos ya fueron reconocidos por sus progenitores voluntariamente o por sentencia que declaró la paternidad o la maternidad, es el ejercicio de la patria potestad.

¹⁰⁴ Legislación Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 61.

La patria potestad se relaciona con la minoría de edad. Por tanto, esta seguirá ejerciéndose hasta que el menor llegue a la mayoría de edad que es de 18 años o en el caso de que aun siendo menor contraiga nupcias.

De lo expuesto, se infiere, que a los hijos del concubinato, de acuerdo con la ley, se les aplicará lo referente a los hijos de matrimonio, aunque esto, no siempre se aplica así, ya que también, se establece que, se requiere del reconocimiento que haga el padre o la madre al respecto, la problemática deriva del reconocimiento que se haga de los hijos por los padres concubinos, desafortunadamente, todavía no existe unificación de criterios en las legislaciones del país y aunque no se limita adecuadamente lo referido al ejercicio de la patria potestad por los padres, mucho menos para los abuelos, cuando estos por tradición errónea ven con desagrado que sus hijos estén unidos en concubinato. Esto por lo regular, pasa con los padres de la hija y esporádicamente con los padres del hijo.

3. En el caso de padre o madre solteros.

En esta hipótesis, por lo general, no existe un reconocimiento expreso de los padres para con el hijo, e, incluso, en ocasiones el reconocimiento de los hijos, lo hacen los abuelos y éstos, son los que se encargan de la guarda, custodia y de ejercer la patria potestad, en atención que el padre o madre soltera trabajan.

Ante tal situación, la patria potestad la ejercerá el que reconoció y por lógica, el ejercicio de tal derecho (patria potestad), se hace hacia la persona que

reconoció. Absurdamente, los abuelos prefieren ignorar al padre biológico, quitando fácilmente cualquier obligación que este pudiera tener con el hijo e incluso, renuncian por el menor a los derechos que se pudieran tener, cuando este, iniciara un juicio de investigación de la paternidad y resultara vencedor.

Ahora bien, si el Código Civil para el Distrito Federal es impreciso, cuando se trata de situaciones de ejercicio de patria potestad por los abuelos en el matrimonio, concubinato y de padre o madre soltera según se trate, o más bien, es diferente en su regulación con mayor razón es oscuro, cuando de padre o madre soltera se trate; por lo regular, cuando de madre soltera se trata, es mal vista por la sociedad, a tal grado que el menor sufre las consecuencias al no explicarle de manera suficiente porqué no tiene mamá o papá, aquí y al igual que en las hipótesis anteriores, debe haber unificación explícita de criterios para justificar el modo, o posibilidad para que los abuelos ejerzan la patria potestad en el Código Civil para el Distrito Federal.

E. Lo que el Código Civil para el Distrito Federal establece al respecto.

Como lo señalamos en su momento, el Código Civil para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000, era más preciso, en relación a quién, debía ejercer la patria potestad, máxime cuando faltaban los padres, ya que señalaba de manera tácita a los abuelos, en la actualidad, sólo se dice de los ascendientes en segundo grado, que para los peritos en derecho, rápidamente se entiende, que se refiere a los abuelos, no así para la gente común.

En estos términos, se leía en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal del año de 1995, “que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejercerá por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos o por el abuelo y la abuela maternos.

Ante esta circunstancia, se relacionaban los artículos 417, 418, 419 y 420 del mismo ordenamiento que establecían que cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuarán ejerciendo la patria potestad, para el caso de desacuerdo lo hará el que designe el Juez de lo Familiar en atención a los intereses del menor.

Cuando falten los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo, los demás ascendientes que establecen las fracciones II y III del numeral 414 del Código Civil para el Distrito Federal con atención al orden que disponga el Juez de lo Familiar, de acuerdo a las circunstancias del caso. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Finalmente, se precisaba que sólo a falta o por impedimento de los mencionados o llamados preferentemente, entraban al ejercicio de la patria potestad. Los parientes que siguieran el orden establecido en los artículos señalados, si faltare alguna sola de las personas enunciadas la que quede lo hará.

De lo expuesto, se infiere que el Código Civil para el Distrito Federal era más explícito al respecto, cosa que desde nuestro particular punto de vista, no

sucede con el Código Civil vigente, el cual, causa confusión entre la gente común. Esto en atención a la importancia del acto no debe pasar.

Por lo anotado, a continuación, comentaré lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en la actualidad sobre el ejercicio de la patria potestad por los abuelos paternos y maternos.

El Código Civil para el Distrito Federal, en la actualidad, es impreciso al regular lo referido a la posibilidad de que los abuelos puedan ejercer la patria potestad o la guarda y custodia de los nietos, queremos dejar en claro, que no queremos relevar del cargo a los padres sino más bien que estos, incluso en el caso de que los abuelos tengan la guarda y custodia de los hijos, los padres sigan ejerciendo la patria potestad, y sólo en casos extremos, se les revele del cargo.

El ordenamiento citado aunque no señala de manera específica a los abuelos, como posibles en el ejercicio de la patria potestad, el artículo 414 en su párrafo segundo, precisa que a falta de los padres, podrán ejercer la patria potestad sobre los menores los ascendientes en segundo grado, como lo determine el juez de la causa, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

De igual forma, el artículo 414-Bis, no menciona quienes ejercen la patria potestad en forma específica, sino que habla de manera general de: quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia ya sea provisional o definitiva de un menor independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deberá

cumplir lo que el artículo establece y para ello mencionara en sus cuatro fracciones lo siguiente:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conductas preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

A nuestro juicio, creemos que el Código Civil para el Distrito Federal, debiera señalar a los abuelos, en el ejercicio de la patria potestad de acuerdo al orden en que el juez determine, obviamente, cuando tal derecho no fuere ejercido por el padre o la madre o estuvieren imposibilitados para hacerlo, aunque, más

bien, por razones biológicas los abuelos deben fungir como guardianes o custodios de sus nietos.

F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

Como sabemos, la patria potestad se puede limitar, suspender o privar de ésta a los padres en atención a su ignorancia o inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario, que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente, pero, qué es lo que sucede cuando los padres no pueden ejercer tal derecho, cómo deben ejercerla los abuelos en caso de ser necesario, veremos lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

“PATRIA POTESTAD. REQUISITOS QUE DEBEN ACREDITAR LOS ABUELOS PARA EJERCITARLA. El hecho de que la peticionaria del amparo pruebe que es abuela paterna de unos menores, no es suficiente para acreditar que detenta el ejercicio de la patria potestad sobre los mismos, ya que de conformidad con la prelación a que se refiere el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, respecto de las personas sobre las cuales recae dicho ejercicio, los abuelos por vía paterna sólo pueden ejercitar la patria potestad, a falta de los padres de los menores, o cuando existiendo sus progenitores, haya surgido alguna causa legal

que les impida su ejercicio. En tal virtud, aun cuando la quejosa demuestre ser abuela paterna de sus menores nietos, si no se alega ni justifica que los padres de éstos han fallecido o se encuentran impedidos para ejercer la patria potestad; resulta inconcuso que la recurrente, aun en su carácter de abuela paterna, no justificó tener el ejercicio de la patria potestad y, por tanto, la Juez de Distrito estuvo en lo correcto al tener por no interpuesta la demanda de garantías.”¹⁰⁵

Como podemos ver, a la anterior jurisprudencia, le agregaría, además de lo dispuesto, que los abuelos, ya sean paternos o maternos, acrediten su solvencia moral, económica, física y médica para tal ejercicio, de lo contrario, serán únicamente guardadores y custodios de sus nietos, en caso de que ambos o uno de los padres viva.

“PATRIA POTESTAD. LOS ABUELOS PUEDEN EJERCERLA INDISTINTAMENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Una correcta interpretación de lo dispuesto por el artículo 606 del nuevo Código Civil del Estado de Puebla, permite concluir que por falta o impedimento del padre o la madre, la patria potestad corresponde tanto a los abuelos paternos como a los maternos sin sujeción a ningún orden, pero siempre a ambos, es decir, entendidos por parejas en una y otra línea, debiendo ser llamados al procedimiento para convenir entre ellos quiénes la ejercerán, tal como lo dispone la fracción I del artículo 607 del mismo ordenamiento legal; y sólo para el caso de que no se pongan de acuerdo, corresponde al juzgador decidir a quién otorgar la patria potestad, atendiendo siempre a lo más conveniente para los intereses del menor. La consideración anterior se deriva de que si el diverso artículo 598 establece que, la patria potestad se ejerce tanto por el padre como por la madre conjuntamente, también así debe ejercitarse tratándose de los abuelos, pues ello, no puede tener más

¹⁰⁵ Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Enero, México, 1990. p. 341.

finalidad que la de buscar un desarrollo íntegro en el menor, de ahí que se establezca por el legislador, que los abuelos de una y otra línea comparezcan al juicio a deducir sus derechos buscando siempre lo más benéfico para el menor.”¹⁰⁶

La tesis mencionada, busca ser lo más imparcial posible, con relación a quién debe ejercer la patria potestad ya sean abuelos paternos o maternos, y cita como ejemplo, lo dispuesto en el artículo 598 del Código Civil poblano, al decir que la patria potestad la podrá ejercer el padre o la madre, y lo mismo aplicará para los abuelos, ya sean paternos o maternos, siempre y cuando, se esté al interés superior del menor.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, prevé lo siguiente.

No. Registro: 225,876

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990

Tesis:

Página: 328

“PATRIA POTESTAD. A QUIEN CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA, EN AUSENCIA DE LOS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

Acorde con lo establecido por los artículos 367 y 371 del Código Civil, independientemente de que los padres de un menor sujeto a la patria potestad, y no emancipado, hayan estado o no unidos en matrimonio civil, el ejercicio de la

¹⁰⁶ Ibidem. p. 362.

misma, en su ausencia, corresponde a los abuelos paternos, en principio y ante su falta a los abuelos por línea materna.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 45/90. Luis Sánchez Bautista. 8 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco.

Esta jurisprudencia, prevé lo referido a las uniones concubinarias, siempre y cuando, se haya reconocido al hijo o al menos haya acreditado tal estado, y exista común acuerdo entre el padre o la madre, o los abuelos, es decir, entre ellos.

G. Solución a la problemática planteada.

Una vez agotada la investigación, y vista la problemática que puede haber al ejercer los abuelos la patria potestad, se puede considerar, que la solución sería, que a los abuelos se les tome en cuenta para tal acto y más aún, cuando estos, estén aptos para tal ejercicio. Al hablar de aptos, me refiero a posibilidades físicas, económicas, morales y sociales, si no hubiere aptitud de los abuelos, ya sea paternos o maternos, serán guardadores o custodios de sus nietos, es más, si los padres existen y no tengan impedimento legal alguno a pesar de que los abuelos ejerzan la guarda o custodia aquellos, no serán relevados del cargo.

Para lograr tal propósito, deberá adicionarse el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, de la siguiente manera.

“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, o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los hijos, **los abuelos paternos o maternos en el orden que estos señalen, si hubo acuerdo o convenio entre ellos, en caso contrario, lo hará el Juez de lo Familiar de acuerdo a las circunstancias del caso.**

Lo mismo se observará para los concubinos, padre o madre soltera, con relación a sus hijos, si hubo reconocimiento, en su defecto, el padre o la madre, tendrán derecho de ejercer la investigación de la paternidad o maternidad y una vez acreditada, se observará lo propio para los abuelos.

Lo anterior, no será observable, cuando los abuelos demuestren o acrediten el estado o posesión de nieto, aún sin el reconocimiento del padre, siempre y cuando, aquellos demuestren estar aptos para ejercer el cargo, de lo contrario, serán guardadores y custodios de sus nietos.”

Con lo anotado, se pretende que, en primer lugar, en el artículo 414, se hable de abuelos paternos o maternos y no ascendientes en segundo grado, que es confuso, para la población común. También, es importante inmiscuir a los abuelos, ya sea en la guarda y custodia, así como también, en la patria potestad

de los nietos, cuando los abuelos estén aptos para ejercer cualquiera de los cargos señalados e inclusive, fomentar la convivencia de nietos con sus abuelos.

Con lo citado, también se precisa cubrir las relaciones concubinarias, las cuales, a veces no son bien vistas por la sociedad y su duración es efímera, así como la de los padres o madres solteros, para que los abuelos ejerzan tal derecho y haya más personas que puedan hacerse cargo del menor.

Concluimos esta adición, con una propuesta que quizás parezca fuera de lo común, pero que tiene fundamento de hecho y de derecho, la cual, se desprende de la lectura del último párrafo que se pretende adicionar.

El párrafo a comentar, precisa que, cuando el padre o la madre no hagan tal reconocimiento, el o los abuelos paternos o maternos, previa demostración de estado de nieto; si así como se oye, podrán coadyuvar a ejercer la patria potestad, porque muchas de las veces, el padre no lo hace, pero si los abuelos acreditan tal estado, podrán ejercer tal cargo, esto, en atención a que si el hijo puede adoptar a un menor y no solicita la anuencia del padre, este hijo adoptado, será nieto del papá del adoptante, a **contrario sensu**, si el hijo no reconoce como suyo al propio, el padre de aquél, (abuelo), lo hará para ser guardador o custodio del menor o discapacitado y ejercer, en su caso, la patria potestad, siempre y cuando, sea apto para ello.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La patria potestad, tomó su origen de la filiación. Es una institución establecida por el Derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos 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.

SEGUNDA. La patria potestad, debemos entenderla como un derecho y a la vez, como un deber que deben ejercer los padres para con sus hijos menores o mayores si son incapaces y los bienes de éstos.

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

CUARTA. Los poderes de ejercicio que se atribuyen a la patria potestad, deben ejercerse siempre en beneficio del hijo, tales poderes no se han creado en razón de las personas que ejercen tal función, sino que, el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés

familiar, la protección de los bienes y de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

QUINTA. La naturaleza jurídica de la patria potestad es mixta, con características propias del acto jurídico, es decir, está constituida por un conjunto de deberes que el Estado impone a los titulares de ésta para que estén, en la posibilidad de cumplir con los derechos y obligaciones que les conciernen, con relación a los hijos.

SEXTA. Con las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, se suprimieron las reglas y limitantes que anteriormente se ponían al Juez de lo Familiar en materia de patria potestad y se otorgó a éste, la facultad de resolver lo que a su criterio sea procedente. De ahí, que sin las normas objetivas que antes, hacían los señalamientos concretos, se redujo ahora peligrosamente al subjetivismo del Juez mediante, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la patria potestad.

SÉPTIMA. El ejercicio de la patria potestad, debe corresponder de manera principal a los padres, a falta de éstos, a los abuelos paternos o maternos que se encuentren en mejores condiciones físicas, económicas y morales. Lo importante aquí, es que no se les prive del ejercicio de la patria potestad a los progenitores, a no ser, que tal pérdida se deba a un estado económico, o de actitud meramente negativa del o los progenitores que ponga en peligro el interés superior del menor, en tal caso, corresponderá la guarda y custodia a los abuelos.

OCTAVA. De acuerdo a la conclusión anterior, pretendemos que a los abuelos se les tome en cuenta para la posibilidad de que, si el, o los progenitores no puedan ejercer adecuadamente la patria potestad y exista un peligro inminente para el interés superior del menor y si los abuelos están en las condiciones físicas, económicas y morales adecuadas, lo hagan en su representación, ya que éstos, tienen la experiencia y sabiduría suficiente para tal cargo.

NOVENA. Con relación a quién deberá llamarse en primer lugar para el ejercicio de la patria potestad, cuando los padres no puedan hacerlo, si a los abuelos paternos o maternos, se debe tomar en cuenta varios factores como son, condiciones físicas, de salud, de economía, pero sobre todo, se debe tomar en cuenta, la familiaridad, cariño y confianza que demuestren entre nietos y abuelos.

DÉCIMA. Lo ideal sería que a los abuelos, en los casos que hemos señalado, pudieran ejercer la guarda y custodia de los menores y reservar para los padres el ejercicio de la patria potestad cuando esto fuera procedente.

DÉCIMA PRIMERA. La solución a la problemática planteada consistirá en que a los abuelos se les tome más en cuenta para el ejercicio de la patria potestad, cuando éstos estén aptos para tal ejercicio. Para lograr tal propósito se deberá adicionar el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, de la manera que plantearemos en la conclusión siguiente.

DÉCIMA SEGUNDA. El artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, deberá adicionarse de la siguiente manera:

“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, o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los hijos, **los abuelos paternos o maternos en el orden que estos señalen, si hubo acuerdo o convenio entre ellos, en caso contrario, lo hará el Juez de lo Familiar de acuerdo a las circunstancias del caso.**

Lo mismo se observará para los concubinos, padre o madre soltera, con relación a sus hijos, si hubo reconocimiento, en su defecto, el padre o la madre, tendrán derecho de ejercer la investigación de la paternidad o maternidad y una vez acreditada, se observará lo propio para los abuelos.

Lo anterior, no será observable, cuando los abuelos demuestren o acrediten el estado o posesión de nieto, aún sin el reconocimiento del padre, siempre y cuando, aquellos demuestren estar aptos para ejercer el cargo, de lo contrario, serán guardadores y custodios de sus nietos.”

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 3ª edición, Oxford, México, 2000.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 11ª edición, Oxford, México, 2002.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada. 2ª edición, Oxford, México, 2005.

BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 6ª edición, Oxford University Press, México, 1990.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 12ª edición, Porrúa, México, 2002.

COLÍN, Ambroise y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. 6ª edición, Traducción de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1990.

COULANGES, Fustel de. La Ciudad Antigua. 14ª edición, Sepan cuantos, Porrúa, México, 2005.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 9ª edición, Porrúa, México, 1993.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Porrúa, México, 2005.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T.I. 10ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, Parte General, Personas Familia. 20ª edición, Porrúa, México, 2000.

GONZÁLEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. 6ª edición, Trillas, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Porrúa, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Volumen II, 4ª edición, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 2004.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad Civil. 2ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007.

KOHLER, Josef. El Derecho de los Aztecas. 2ª edición, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 5ª edición, Porrúa, México, 2005.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Compendio de Términos de Derecho Civil. 2ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004.

MATEOS M., Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 6ª edición, Esfinge, México, 2005.

MORINEAU, Marta e IGLESIAS, Román. Derecho Romano. 10ª edición, Oxford, México, 2004.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Derecho de Familia. 6ª edición, Panorama, México, 2002.

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

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Biblioteca Clásica del Derecho. Vol. 8, Harla, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásica del Derecho Vol. 6, 2ª edición, Harla, México, 2000.

TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Ratificados por México. 4ª edición, CNDH, México, 2004.

TOLEDO MARTÍNEZ, Gabriela y ORTEGA CASTRO, Juan Carlos. La Pérdida de la Patria Potestad. Vol. 6, 4ª edición, Colección Reflexiones Jurídicas, Incija editores, México, 2003.

URE, Alberto. La Custodia de los Hijos. 2ª edición, Bosch, España, 2000.

ZAVALA PÉREZ, Diego. Derecho Familiar. 2ª edición, Porrúa, México, 2006.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 22ª edición, Comentada por Rubén Delgado Moya. Sista, México, 2008.

Legislación Civil para el Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. 2ª edición, Sista, México, 2008.

Código Civil para el Distrito Federal. 57ª edición, Porrúa, México, 1997.

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. 2ª edición, Secretaría de Gobernación, edición oficial México, 1998.

BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena. Código Civil Argentino y Jurisprudencias. T.I. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2002.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México, Código Civil para el Distrito Federal. 73ª edición, Porrúa, México, 2005.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2003.

Diccionario de la Lengua Española. T.I. 2ª edición, Milenio, México, 2005.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T.III. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 8ª edición, Porrúa, México, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. 10ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004.

OTRAS FUENTES

Apéndice. Semanario Judicial de la Federación 1917-2000. T.IV. Materia Civil. Vol. I.

BRENA SESMA, Ingrid. Comentarios a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1997, en relación con la patria potestad y tutela. Anuario jurídico, Nueva serie, México, 1997.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 2ª edición, CNDH, México-E.U., 1948.

Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1990.

Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Enero, México, 1990.

Semanario Judicial de la Federación. T.XVI. 2ª Sala, Vol. II. 9ª Época, Mayo-Junio. México, 1996.