



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS
CON LOS MENORES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE
MÉXICO)”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
EDITH CASTAÑEDA MORALES

ASESOR: LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA

2009





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

**GLORIA MORALES GARCÍA
SALVADOR CASTAÑEDA JIMÉNEZ**

El calor de sus brazos, el cobijo de su amor, la fuerza que me han enseñado a demostrar ante las adversidades, son la luz del camino que me guían a buscar mi destino personal y profesional.

A OSCAR DIEGO AYALA BARAJAS

Compañero de vida, porque con tu cariño, esfuerzo y comprensión, eres el mejor respaldo que pude haber encontrado.

A MIS HERMANOS

**MIGUEL, YAZMÍN, FRANCISCO,
MINERVA, RICARDO, OLIVIA, JUAN,
SUSANA Y SALVADOR**

Con su optimismo y ganas de superación, han sido un buen ejemplo de vida.

A ti que me acompañas en todo momento, en este peldaño que asciendo no podía ser la excepción.

**A RITA IMELDA BARAJAS MORALES Y
JOSÉ ANTONIO AYALA**

Por permitirme ser parte de la familia que
formaron y darme su apoyo incondicional.

A JORGE LUIS MORALES SÁNCHEZ

Mi gran amigo, con admiración respeto y
gratitud.

**A ROCÍO REA SERRATO Y
PABLO ORTIZ GONZÁLEZ**

Con aprecio, al haberme dado el
honor de contar con su amistad.

**A GEMA, LENIN, MARLEN,
JUAN, JORGE, LUIS, LULÚ,
JACQUELINE, MARISOL, GUS,
MARIBEL, DANTE, ISRA,
CLEMENTE, EVELYN Y
MIGUEL.**

Los provocadores de mis
sonrisas, sabedores de mis
sueños y testigos de mis logros.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Al darme la oportunidad de permanecer a la Máxima Casa de Estudios y haberme formado profesionalmente, con el firme propósito de poner en alto el nombre de mi alma mater.

A MI ASESORA

LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA

Al tener la disposición para instruirme con sus conocimientos y experiencia en la elaboración de la presente investigación.

A MI JURADO

LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA

LIC. SONIA SÁNCHEZ GONZÁLEZ

LIC. ALEJANDRO CORRAL GARCÍA

LIC. JULIÁN JIMÉNEZ SALAZAR

LIC. ARIANA MARLEN ESCAMILLA PEDRAZA

Con los sabios consejos que me dieron para poder culminar este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES SOBRE FAMILIA Y PATRIA POTESTAD

1.1. Evolución de la Institución de la Familia.....	1
1.1.1. En el Derecho Romano.....	1
1.1.2. En el Derecho Francés.....	5
1.1.3. En el Derecho Español.....	7
1.1.4. En el Derecho Mexicano.....	10
1.2. Evolución de la Institución Jurídica de Patria Potestad.....	13
1.2.1. En el Derecho Romano.....	13
1.2.2. En el Derecho Germánico.....	17
1.2.3. En el Derecho Español.....	19
1.2.4. En el Derecho Mexicano.....	24

CAPÍTULO 2

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA Y PATRIA POTESTAD

2.1. Familia.....	27
2.2. Filiación.....	30
2.3. Parentesco.....	35
2.3.1. Tipos de parentesco.....	35
2.3.2. Líneas y grados.....	38
2.3.3. Efectos del parentesco.....	40
2.4. Patria Potestad.....	43
2.4.1. Naturaleza de la Patria Potestad.....	46
2.4.2. Características.....	48
2.4.3. Sujetos que interviene en la relación	49
2.4.4. Efectos de la Patria Potestad.....	50
2.4.5. Extinción y suspensión de la Patria Potestad.....	56
2.4.6. Pérdida de la Patria Potestad.....	58

CAPÍTULO 3

GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto.....	61
3.2. Características.....	64
3.3. Contenido.....	66
3.3.1. Hijos de matrimonio.....	72
3.3.2. Hijos fuera de matrimonio.....	76
3.3.3. Divorcio.....	77
3.3.4. Nulidad de matrimonio.....	82
3.3.5. Adoptados.....	86
3.3.5.1. Adopción Simple.....	87
3.3.5.2. Adopción Plena.....	88
3.3.5.3. Adopción Internacional.....	90
3.4. Suspensión y privación de la custodia.....	91

3.5. Regulación del incumplimiento del régimen de visitas y convivencias con los menores en el Código Civil para el Estado de México.....	96
--	-----------

CONCLUSIONES

FUENTES CONSULTADAS

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la familia se ve envuelta en diversas problemáticas en las que podemos observar su desintegración, en la mayoría de las ocasiones inicia con la separación de los padres; resultado de la incompatibilidad o lucha de intereses divergentes entre la pareja.

Los padres con tal de obtener sus objetivos personales y demostrarle al otro quién tiene más poder se olvidan de velar por los intereses de sus hijos y los utilizan como medio para someter al otro a su voluntad.

La contienda inicia al momento de decidir qué progenitor se quedará al cuidado de los hijos, es decir quién tendrá la guarda y custodia de los menores, motivo por el que acuden ante el órgano jurisdiccional para determinar quién de los dos padres tendrá la guarda y custodia, y cuál de los dos estará sujeto a un régimen de visitas y convivencias.

Pese a que una vez que el Juez ya determinó en definitiva, quién tendrá la guarda y custodia de los menores; y cómo y en dónde se llevarán a cabo las visitas y convivencias con sus hijos; nos encontramos con la problemática de que los padres siguen utilizando a sus hijos para molestarse entre si; es decir, injustificadamente el padre que a su favor se decretó la guarda y custodia, impide u obstaculiza para que el otro no pueda convivir con sus hijos.

También se da el caso de que el padre que está sujeto al régimen de visitas, bien sea por falta de interés o por molestar al otro padre no asiste a las convivencias con sus hijos; lo que en ambos supuestos finalmente afecta psicológica y moralmente a sus hijos, y ante tal situación y con el fin de proteger a los menores y evitar que éstos sean utilizados por sus padres por intereses personales, por todos y cada uno de los motivos que precisamos en los

párrafos anteriores, es necesario que se reglamente esta problemática, misma que deberá hacerse a través de una adición al Código Civil del Estado de México en el Libro Cuarto Del Derecho Familiar, Título Séptimo De la Patria Potestad, Capítulo III De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, en donde se propone se adicione un precepto.

Para poder llegar a la propuesta haremos una investigación bibliográfica, legislativa y comparativa, en la que utilizaremos los métodos deductivo, analítico y comparativo.

La investigación constará de tres capítulos en los que es necesario estudiar las instituciones jurídicas que dan origen a esos derechos y obligaciones que emanan de las relaciones paterno-filiales, como es la familia y la patria potestad de las que se abordarán desde sus orígenes en nuestro país y su desarrollo en otros ordenamientos jurídicos, lo que abarcara el primer capítulo.

Asimismo en el segundo capítulo hablaremos sobre su regulación jurídica actual, dando a conocer su concepto desde el punto de vista de diferentes autores hasta llegar al nuestro, su contenido y alcance en el Código Civil del Estado de México, para que de esta forma nos percatemos de donde nace el derecho que tienen los padres de tener la guarda y custodia de sus hijos; y con ello llegamos al tercer capítulo en el que daremos el concepto de guarda y custodia, en qué consiste y la propuesta de la investigación que consiste en crear una disposición para que los menores sean protegidos de manera eficaz.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES SOBRE LA FAMILIA Y PATRIA POTESTAD

La procreación es un hecho biológico que conlleva a la formación de familias, institución que ha sido regulada atendiendo a las circunstancias de la sociedad y en el tiempo en que se encuentre, siendo necesario tener que establecer normas respecto a la relación que existe entre los miembros del núcleo familiar surgiendo así la figura de la patria potestad; por tanto en el presente capítulo se abordará la reglamentación de la familia, la patria potestad y su desarrollo histórico en diferentes sistemas jurídicos.

1.1. Evolución de la Institución de la Familia

La familia se puede visualizar desde diferentes ámbitos como lo son el social, el económico, el político, el jurídico, etcétera; sin embargo, nosotros abordaremos para su estudio el ámbito jurídico, por lo que analizaremos su desarrollo en diversas partes del mundo y que han tenido injerencia en nuestra normatividad tales como son el Derecho Romano, Francés y Español, para poder llegar a nuestro marco jurídico.

1.1.1. En el Derecho Romano

Indudablemente que el Derecho Romano fue una gran influencia para la formación de instituciones jurídicas en diferentes partes del mundo, en especial en nuestro sistema de leyes, pues hemos tomado en parte su función y vocabulario.

En Roma, la célula de la sociedad se concentraba en la familia que estaba al mando del *paterfamilias* quien era el jefe de familia y fungía como sacerdote, ya que la unidad familiar se basaba en los cultos religiosos; también era

considerado como un magistrado pues resolvía los problemas habidos entre los miembros de la familia.

Para Raúl Lemus García, la familia se puede conceptualizar en diversos sentidos tales como:

“1.- En sentido limitado y propio la familia es el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe. Era la típica *domus* romana integrada por los siguientes miembros:

a).- El *paterfamilias*.

b).- La esposa *in manu*.

c).- Los hijos de ambos sexos.

d).- Los nietos nacidos de sus hijos varones y descendientes de ulterior grado, pues la potestad paterna no terminaba por la mayoría de edad o matrimonio de los descendientes y sólo por causas específicas, reguladas por la ley.

e).- Las personas que hubiera adoptado.

f).- Las esposas de sus hijos o descendientes de ulterior grado casadas *cum manus*.”¹

Este concepto se basa exclusivamente en los integrantes de la familia en donde la soberanía del padre o del abuelo era lo más importante y del lugar que habitaban los mismos; concordando con la definición que nos da catedrático Gumesindo Padilla al decir que familia “Es el conjunto de personas que integran

¹ LEMUS GARCÍA, Raúl, Compendio de Derecho Romano, cuarta edición, Limsa, México, 1979, p. 51.

la casa (*domus*) y que están bajo el poder (*patria potestas*) de un cabeza de familia (*paterfamilias*).”²

La segunda vertiente que considera Lemus García es más amplia pues la basa en el parentesco civil, definiéndola así:

“2.- En un sentido amplio por familia se entiende el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil, agnación, aun cuando no estén sujetas a la autoridad de un mismo jefe.”³

Para un mejor entendimiento de esta acepción, hablaremos de los tipos de parentesco que existían en el pueblo romano siendo éstos de tres tipos:

1. *Agnatio* (agnación): también llamado parentesco civil y es aquél que se establece únicamente por los varones y son todos aquellos que están bajo la *patria potestas* o la *manus* del *paterfamilias*.

2. *Cognatio* (cognación): o parentesco natural siendo el parentesco por sangre y que descienden de un tronco común sin importar el sexo.

3. *Adfinitas* (afinidad): es el parentesco que existe entre un cónyuge con los familiares del otro.

Lemus García sigue considerando una tercera forma para definir a la familia en donde nos dice: “3.- ... el término familia, además de quedar incluidos los miembros señalados anteriormente, se comprendía a los esclavos y a las personas *in mancipium* del *paterfamilias*.”⁴

² PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano I*, Mc Graw Hill, México, 1996, p. 2.

³ LEMUS GARCÍA, Raúl, op. cit. p. 51.

⁴ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

Así tenemos que la familia en Roma estaba constituida por los hijos e hijas y aún los esposos de aquellas, los esclavos y desde luego por el paterfamilias, siendo la familia romana la organización patriarcal más fuerte de la historia.

La familia se funda a través del matrimonio, mismo que se podía celebrar en tres formas:

***Confarretio** este matrimonio era exclusivo de los patricios a través de un acto solemne.

***Coemptio** celebrado por romanos no patricios que consistía en una venta ficticia.

***Usus** era una especie de *usucapión* consistente en la convivencia ininterrumpida de hombre con la mujer, misma que podía ser interrumpida cuando la mujer pasaba tres noches seguidas fuera del hogar conyugal (*trinoctium*).

Los patricios era una clase romana que se constituía por los descendientes de las familias más antiguas de la ciudad; como ya se mencionó, en la familia romana la cabeza era el *pater familias* y los hijos varones de éste, no alcanzaban la condición de padre de familia hasta que el padre moría y se independizaban, sin embargo también se les llamaba *patres*.

Estos *patres* y sus descendientes forman la clase de los patricios (*patricii*), quienes constituían la nobleza y solo ellos podían participar en cargos del gobierno, gozando de todos los privilegios del ciudadano romano.

En Roma existían familias que tenían un apellido en común al que se le denominaba *nomen gentilicium*; un conjunto de familias formaban una gran

familia a la que se le conocía como *gens*, cayendo esta institución a finales de la República.

El concubinato (*concupinatus*) también daba origen a la formación de familias, y se denominaba así a la unión jerárquicamente inferior pero duradera, en comparación con la figura del matrimonio, pero que se distinguía de las relaciones pasajeras ilícitas.

1.1.2. En el Derecho Francés

Durante la Revolución Francesa, el concepto de familia se transformó, pues se conocía como tal a los individuos agrupados a través de un contrato rescindible a voluntad de las dos partes o de una de ellas; la celebración de ese contrato era el matrimonio y al decir que se podía dejar sin efecto, nos encontramos en presencia de otra figura jurídica, el divorcio.

El matrimonio era considerado puramente como un contrato de carácter civil, temporal, con autonomía de voluntad y consecuencia de que los esposos habían decidido sacrificar su libertad.

El código de Napoleón, sacrificó los intereses de la mujer a los del marido, agravó las sanciones de los deberes entre esposos, los defectos de su sistema a costa de los demás, pero sobre todo de la dignidad de la mujer, ya que era despojada de sus bienes para quedar en la miseria, pues no recibía el producto de su trabajo debido a que el marido era quien recibía los frutos de los bienes adquiridos y propios.

El marido era el administrador de los bienes pudiéndolos enajenar o hipotecar libremente; los bienes de las mujeres respondían a las deudas de sus maridos, aún las contraídas antes de la celebración del matrimonio.

“El pensamiento cristiano, dejó huellas profundas, pero con la Revolución Francesa afectó severamente la vida familiar, al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento. Los Masseur afirman que “cuando se ha cumplido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento”.⁵

El divorcio que es le medio para disolver un matrimonio, en el Código de Napoleón se contemplaron tres causas y fueron las siguientes:

1. La demencia o locura de alguno de los esposos, es decir, si algún cónyuge tenía una enfermedad mental, no podía continuar con los deberes del matrimonio.
2. Por acuerdo mutuo, lo que significa que ambos cónyuges habían convenido voluntariamente separarse.
3. Decisión unilateral de algún cónyuge, solo uno, bien fuera el hombre o la mujer había tomado la decisión de disolver el vínculo que los une, sin considerar la opinión del otro.

Respecto a los derechos hereditarios, tenían preferencias los hijos naturales y a falta de éstos y de cualquier otro pariente susceptible de heredar, los bienes le pertenecían al cónyuge supérstite no divorciado, contribuyendo el derecho hereditario a que hubiera un mayor índice de divorcios y por lo tanto a la desintegración familiar.

⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, cuarta edición, Porrúa, México, 1997, p. 52.

1.1.3. En el Derecho Español

Para poder entrar al estudio de la familia en este país se tomará en cuenta a partir de la etapa de la España Goda, tomando en consideración que en la cultura germana de los Godos se dividían con base a su localización, por tanto eran dos los ostrogodos al Este y los visigodos al Oeste, quienes en el año 415 después de Cristo, y trataron de asentar su reino en España hasta que después con Eurico al frente lograron que la Corte visigoda residiera en Toledo España.

España se vio influenciada en la formación de la familia, sus modificaciones surgieron de las costumbres germanas y principalmente de la doctrina canónica. La ley de los visigodos junto con la Ley *Ripuariorum* y la Ley de los sajones formaron las Leyes de los Bárbaros que es uno de los cuerpos legales más antiguos de Europa.

El tipo de familia que había en la etapa de la reconquista fue desplazada por la estructura familiar musulmana, debido a la invasión y se trataba de restaurar la nacionalidad española que bajo el imperio visigodo se había convertido en el foro cultural del occidente europeo.

Con esta nueva estructuración familiar es que se le da una dignidad de clase, al poder feudal de cada noble, pero sobre todo al romanticismo de la época, lo que condujo a tener como fundamento el enaltecimiento de la condición de la mujer y a delegarle honores y derechos de su marido en sus frecuentes ausencias, elevando con ello su consideración y autoridad en la familia hasta otorgarle la jefatura a sus hijos y vasallos, lo que se presentaba con mayor frecuencia cuando moría su cónyuge.

Esta etapa también se ve influenciada y en consecuencia alterada por el antagonismo de doctrinas y tendencias legislativas como la del derecho romano y la nacional o del derecho canónico, ya que el Estado Visigodo constituía el

ideal de los cristianos españoles en la reconquista, por lo que el resultado fue la aparición y formación de las partidas bajo el reinado de Felipe el Sabio, cuyas tendencias eran debilitar, más que fortalecer el espíritu de igualdad en la relación conyugal, que ofrecen las legislaciones forales anteriores, sustituyendo de esta forma la función natural de la familia, esto es, el padre y la madre podían ejercer sustituyendo por aquel patriarcado que otorgaba la patria potestad, al ascendiente superior, reglamentándola por causas diferentes como la legitimación y la adopción y tal vez otra variedad de la misma especie admitida en Roma.

En la etapa comprendida desde los reyes Católicos hasta después de la publicación de la Novísima Recopilación, surge la familia castellana, que con las Leyes del Toro se restituye la estructura familiar bastante alterada a la etapa anterior, destruyendo aquella especie de patriarcado civil de origen romano.

Asimismo en esta etapa podemos destacar la amplitud con la que se legisló respecto a la capacidad civil de la mujer casada, lo que es muy importante, debido a que se dan novedades en la condición y derechos de la prole ilegítima, inspirándose en las leyes del Toro, en donde se defiende de los escasos derechos que tenían los hijos ilegítimos, quienes sufrían con rigor las consecuencias de un origen del cual ellos no deben ser responsables.

El matrimonio fue reglamentado en la Novísima Recopilación y se regulaba el consentimiento del padre o de otras personas para que sus hijos y menores pudieran contraer matrimonio, llegando al extremo de considerar que en estos asuntos familiares era necesaria la intervención de ciertas autoridades y mediante el recurso de alzada que los interesados interpusieran ante ellos de la negativa del consentimiento de las personas llamadas a prestarle tal autorización.

Para corregir los errores contenidos en las anteriores legislaciones, surgió la Ley del Matrimonio Civil, como por ejemplo la desairada situación que guardaba cuando a la muerte del otro, y en el orden del derecho natural, debía corresponder la aceptación total de sus derechos, como eran entre otros, el pleno ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos o el derecho a la herencia del *de cuius*, cuando tenía la amargura de soportar respectivamente al caso, la intervención de un extraño que hubiere sido nombrado tutor para sus hijos o que hasta los parientes del décimo grado se presentarán a reclamar la sucesión del autor de la herencia o cónyuge fallecido.

Aplicándose con esta ley un derecho justo y destacándose dentro de sus innovaciones más importantes las dos formas de contraer matrimonio el canónico y el civil, así como la de otorgar la patria potestad a la madre en defecto del padre.

En otros territorios de España existían familias forales que no estaban regidas por la legislación de castilla, como es el caso de la Familia de Aragón que en su legislación es la más completa entre todas las forales y sirve como guía a otras como la Navarra y la de Vizcaya.

El derecho romano y canónico nuevamente influencio a las instituciones familiares observadas en Cataluña y a diferencia de la legislación aragonesa, las relaciones conyugales no están inspiradas en aquel criterio de igualdad y de reciprocidad de derechos, es superior en el matrimonio la condición del marido respecto de los derechos patrimoniales en la familia.

Respecto a la familia en Mallorca podemos destacar el matrimonio como causa de una emancipación legal, con dos marcadas excepciones que significaban restricciones para la emancipación voluntaria que son: en caso de que el marido, siendo menor de dieciocho años, para la ejecución de cualquier clase de contratos tiene que obtener la autorización de su padre y en su defecto de su

madre, y a falta de ambos la del Juez del lugar, sin cuyos requisitos serán (los contratos) nulos; y la otra restricción era en garantía de los acreedores del padre.

Los menores, las villas, parroquias y la Universidad gozan del beneficio del *restitutio in integrum* que consiste en obligar a una parte a restituir todo lo recibido ya que a pesar de ser legal el acto en virtud del cual los recibió este no se ajusta a la equidad.

1.1.4. En el Derecho Mexicano

Durante el mandato presidencial de Benito Juárez la familia sufrió grandes transformaciones, iniciándose con las reformas al Código Civil del 1870 en el que se definió al matrimonio como una sociedad legítima entre un hombre y una mujer que se unen por un vínculo indisoluble con el fin de perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida; los cónyuges debían ser fieles, ayudarse y contribuir con los objetos del matrimonio.

Respecto a los hijos el padre era el único que tenía la patria potestad y únicamente cuando él faltare, la madre era quien entraba al ejercicio.

Los hijos fueron clasificados en dos tipos: hijos legítimos y los hijos fuera de matrimonio, habiendo una subdivisión de éstos últimos que eran hijos naturales o incestuosos; esta distinción era con fines hereditarios, ya que la masa hereditaria se repartía en diferentes proporciones según la categoría; a esto se le conocía como sistema de "legítimas".

El esposo tenía pleno poder y mandato respecto a la esposa o a lo que se le llamaba potestad marital, en la que se obligaba a la esposa a vivir con el marido y tenía que obedecer en lo doméstico, respecto a la educación de los hijos y en

la administración de los bienes; y en caso de que la esposa tuviera que comparecer en un juicio, tenía que obtener la licencia del esposo.

El Código de 1870 fue reformado y sustituido por el Código Civil de 1884, cuya reforma relevante fue la eliminación del régimen hereditario denominado “legítima”, lo que fue en detrimento de los hijos nacidos en matrimonio.

En la Ley Orgánica del 14 de diciembre de 1874 en su artículo 23, fracción IX, contemplaba que el matrimonio podía ser disuelto únicamente por la muerte de algún cónyuge, sin embargo el diputado Juan A. Mateos presentó una iniciativa ante la Cámara de diputados el 30 de octubre de 1891 con el fin de que se derogara la mencionada fracción, propuesta que no tuvo éxito.

Sin embargo con el decreto expedido por Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914, se modificó la Ley de 1874, reconociendo así el divorcio como la disolución del vínculo, para evitar de esta manera múltiples concubinatos y facilitando nuevas uniones legítimas para asegurar la felicidad en la mayoría de las familias.

También se expidió un segundo decreto de fecha 29 de enero de 1915, con el que se reformó el concepto de divorcio en el Código Civil del Distrito Federal, el que antes lo contemplaba como la separación del lecho y habitación, sin disolver el vínculo, dejando a los divorciantes en aptitud para contraer nuevamente matrimonio.

La Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 que también fue expedida por Venustiano Carranza quien usurpo funciones legislativas puesto que ya existía un Congreso; aportó diferentes innovaciones entre las que podemos destacar que se conserva el concepto de la palabra matrimonio con la salvedad de que ahora se considera disoluble dando entrada al divorcio vincular para lo que enumero diversas causales de divorcio incluyendo el de mutuo

consentimiento, estableciendo un procedimiento especial para este tipo de divorcio.

Suprimió la potestad marital, declarando la igualdad del hombre y la mujer dentro del matrimonio, en esta ley se obliga al marido a proporcionar alimentos a la mujer y al pago de todos los gastos que genere el hogar conyugal; y la mujer tiene la obligación de encargarse de los quehaceres domésticos, así como del cuidado y mando de los hijos.

Se abolieron las categorías que había de hijos legítimos y fuera de matrimonio; y se consideró que los hijos naturales tenían derecho a llevar el apellido de su padre biológico, pero ya no tenían derecho a heredar ni a los alimentos.

Asimismo se introdujo la acción de investigación de paternidad en la que únicamente tenían derecho a llevar el apellido del progenitor; también contempló la adopción como una acción notable que daba una nueva forma de ejercer la patria potestad con el fin de preservar la unidad familiar.

Instituyó el régimen de separación de bienes, dando oportunidad a los matrimonios celebrados bajo el régimen legal de gananciales de solicitar la liquidación de esta sociedad.

La Ley de Relaciones Familiares fue abrogada durante el gobierno del Presidente de la República Mexicana, Plutarco Elías Calles cuando expidió los decretos del 7 de enero y 6 de diciembre, ambos de 1926 y del 3 de enero de 1928, al que se le denominó Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, entrando en vigor en el año de 1932.

En este Código se puede observar la igualdad jurídica del hombre y la mujer dentro del hogar conyugal. Respecto al concubinato se reglamentó el derecho a

percibir alimentos durante éste y el derecho a heredar siempre y cuando hayan vivido cinco años precedentes a la muerte o menos tiempo si de esa relación se hubieren tenido hijos y estuviesen libres de matrimonio.

Se distinguen a hijos legítimos e ilegítimos en los que éstos tienen derecho a llevar el apellido del padre, a recibir alimentos y tenían derecho a heredar.

1.2. Evolución de la Institución Jurídica de Patria Potestad

La familia es considerada como base de la sociedad y debido a que ésta se forma ya sea mediante la celebración de un matrimonio o por un concubinato, dentro de sus finalidades tenemos la preservación de la especie, es decir, procrear hijos y ello trae consigo derechos y obligaciones entre padres e hijos, lo que se ha regulado en diferentes formas según la sociedad y la época, por tanto, resulta relevante analizar la transformación de la patria potestad.

1.2.1. En el Derecho Romano

La patria potestad es una institución y una facultad que las leyes del pueblo romano concedían al *paterfamilias* sobre sus hijos con el fin de que se beneficiara el grupo familiar.

Se llamaba *paterfamilias* al jefe de cada familia civil quien tenía que ser estrictamente varón, este cargo era vitalicio es por ello que se ejercía un derecho riguroso y absoluto sobre sus hijos y nietos, sin importar su edad, es decir, estaban sometidos a la voluntad del *paterfamilias* por lo que se convertía en un verdadero magistrado doméstico.

“La base o máxima de la patria potestad, en Roma, era que el padre engendraba un hijo para sí y para el Estado un ciudadano.”⁶

⁶ D' ANTONIO, Daniel Hugo, Patria Potestad, Astrea, Argentina, 1976, p. 31.

Pues el *paterfamilias* podía imponer y ejecutar penas estrictas ya que tenía el poder de determinar sobre la vida o muerte de los hijos, maltratar o venderlos a terceros, darlos en *naxas* y abandonarlos.

Los *paterfamilias* ejercían pleno poder sobre los bienes del *alieni iuris*, por lo que éstos carecían de bienes propios; los hijos eran considerados una cosa, equiparándose a la condición de esclavo.

“Los poderes que ejercía el *paterfamilias* en su familia eran los análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes de los hijos.”⁷

La patria potestad en Roma tiene su origen en cuatro fuentes que son:

1. Nacimiento: de los hijos nacidos de justas nupcias después de seis meses a partir de la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los diez meses contados desde la disolución del matrimonio; los hijos nacidos fuera de matrimonio son *sui iuris* porque la mujer no puede ejercer la patria potestad.

2. Adoptio: es cuando un *paterfamilias* adquiere un hijo sin importar sexo, ni edad de otro *paterfamilias*; la adopción de varones se da mediante tres ventas por *mancipatio* al adoptante, las dos primeras ventas se libera al hijo, pero en la tercera se convierte en emancipado y en *sui iuris*; en cuanto a las hijas y nietos sólo se tenía que realizar una venta; éste proceso de adopción se facilitó y solo tenían que acudir el *paterfamilias* del adoptado y el adoptante ante el juez competente.

3. Adrogatio: la adrogación se presenta cuando un *paterfamilias* adopta a otro *paterfamilias* en donde el arrogante debe tener más de sesenta años de edad,

⁷ PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, novena edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989, p. 80.

no tener hijos y sólo se podía arrogar a una persona, el patrimonio y la familia del arrogado pasan al arrogante por lo que los hijos del arrogado serán nietos del arrogante.

4. Legitimación: a través de ésta los hijos nacidos en un concubinato pasan a la potestad de su progenitor y se podía dar en tres diferentes formas:

a) Por el matrimonio subsecuente del padre con la concubina.

b) Que el padre se comprometía a que el hijo se hiciera *decurión*, es decir, el recaudador de impuestos y el padre se hacían cargo del déficit que se llegase a dar y respondía con su patrimonio.

c) Cuando hay hijos legítimos y el matrimonio con la concubina es imposible.

De lo anterior podemos decir que es indudable que la potestad paterna se organizaba sobre el interés del padre y no así de los hijos.

La patria potestad en esta época contaba con las características siguientes:

a) Estaba integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe sin limitación.

b) Era vitalicia y sólo desaparecía por la muerte o por un acto de gracia del *paterfamilias*.

c) La concentración del poder suponía la concentración de los ingresos.

La autoridad del *paterfamilias* que era a través de un poder ilimitado tenía la responsabilidad sobre los integrantes de la familia de ilustrarlos, mantenerlos y disciplinarlos; todas aquellas faltas en las que incurrieran los integrantes de la

familia recaían sobre el *paterfamilias* como graves acusaciones, pues evidenciaban la falta de control y disciplina doméstica dentro de esa *domus*; y para poder exonerarse de esa complicidad tenía que ser aplicado un riguroso castigo al culpable.

Entre las formas que ponen fin a la patria potestad podemos diferenciar dos, que son los acontecimientos fortuitos y los acontecimientos solemnes, los cuales dependían de la voluntad del jefe de familia.

Acontecimientos Fortuitos

1. Los hijos podían quedar *sui iuris* y los nietos quedaban bajo la patria potestad de su padre si el *paterfamilias* moría, se convertía en esclavo o perdía el derecho a la ciudadanía.

Si el jefe de familia estuviere cautivo la suerte de los hijos queda en suspenso y por medio del *postlimini*, se le admite y no cesan los derechos que tienen sobre los hijos y los bienes, sin embargo los jurisconsultos decidieron que desde el momento en que quedaron en cautiverio los hijos se convierten en *sui iuris*.

2. Si el hijo *alieni iuris* muere, cae en cautividad o pierde la ciudadanía, en el supuesto de que sea hecho cautivo y vuelve, la patria potestad nunca ha sido interrumpida, pero si murió estando cautivo, la patria potestad se interrumpe desde que quedó cautivo.

3. Los hijos de familia podían escapar de la patria potestad cuando se hacían sacerdotes de Júpiter y la hija vestal; durante el gobierno de Justiniano los hijos nombrados patricios, cónsul, obispo, prefecto del pretorio o cultor del palacio, tenían los mismos efectos en relación con la patria potestad, aunque conservan sus derechos de agnación.

4. Cuando la hija caía *in manu*, la patria potestad se extinguía.

Actos Solemnes

1. Si un ascendiente daba en adopción al hijo de su hijo, se extinguía la patria potestad del padre.

2. A través de la emancipación también se extinguía la patria potestad, la que consistía en combinar la *manumisión* y la emancipación; convirtiéndose en *sui iuris* el emancipado y conservando sus derechos anexos a la cognación, aunque no los de agnación.

Pero el *paterfamilias* podía renunciar al ejercicio de la patria potestad sin importar la causa que lo haya orillado a hacerlo.

1.2.2. En el Derecho Germánico

La patria potestad en el derecho Germánico tuvo muchos rasgos que podíamos encontrar en la sociedad romana, pues el padre tenía "*la munt*" término que aparentemente fue más evolucionado que el que se usaba en Roma y que era el *paterfamilias*, lo que significaba que el padre tenía un derecho y un deber de protección sobre el hijo y que consistía en la educación y dirección de los hijos.

Al igual que el *paterfamilias*, en la sociedad germánica subsiste el poder del padre sobre la persona del hijo, tal que podía exponerlo inmediatamente después del nacimiento, incluso se era tan rígido que el padre aún no habiendo recibido en sus brazos al hijo recién nacido podía rechazarlo y condenarlo a morir sin intervención de la Ley.

También se podía observar otro tipo de situaciones delicadas y consistía en que el padre poseía otras facultades contrarias a lo justo y obvio como era el de

castigar a su arbitrio al menor hijo, lo podía vender y se contemplaba en este supuesto la posibilidad de que podía ser a causa de necesidad o por pena; asimismo podía disponer respecto del matrimonio del hijo, eligiendo su religión, lo representaba en juicio, podían corregir a sus hijos y su derecho coercitivo llegaba hasta donde la ley se lo permitiera y si fuera necesario podían solicitar el auxilio de la fuerza pública.

El Código de Solvere contemplaba a una autoridad denominada "Bayle Superior" y disponía que ésta podía detener a los hijos a petición del padre por un plazo máximo de cuatro meses, prohibía por dos años la visita a lugares como tabernas o casa de bebidas.

Respecto al Código de Zurich también se facultaba a los padres para buscar al hijo que había escapado de la casa o bien para ejercer su poder disciplinario y obtener obediencia debida con el apoyo oficial de la autoridad gubernativa que debía regirse a los límites razonables y previo examen hecho por la citada autoridad, de las circunstancias que hubieran originado la reclamación.

Los hijos tenían capacidad patrimonial, pero el padre en ejercicio del *mut* que tenía sobre sus hijos, también tenía potestad sobre el patrimonio de su hijo, pudiendo administrar y aprovecharlo, a esto se le conocía como *gewere*; pero al salir el hijo de la potestad ejercitada sobre él, se le tenían que entregar sus bienes y rendirle cuentas de las rentas y frutos.

Cuando un hijo se establecía o cuando se casaba una hija el padre estaba legalmente obligado a dar un *ausstattung*, esto es una cantidad determinada de sus propios bienes que era irrevocable y no estaba sujeto a devolución en caso de su fallecimiento y de ordinario tenía el carácter de una compensación, en cuyo caso se perdía el derecho a la sucesión del padre, esto se dio en tiempos antiguos.

“En este derecho, el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayor edad; comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. La madre podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.”⁸

En el sistema germánico dentro del marco judicial y enfocándolo a la base que el derecho natural dio a la patria potestad, en caso de que hubiera divorcio, el Tribunal Sentenciador determina a quien de los padres correspondía la guarda y educación de los hijos, y era común confiárselos a la madre en los primeros años aproximadamente hasta los seis años y después de esta edad se iban con el padre, esta regla no era determinante, ya que los jueces atendiendo las circunstancias de cada caso y atendiendo al interés de los hijos resolvía lo que creían más justo.

Otro aspecto relevante que se observaba en el sistema germánico, y por lo tanto sobresaliente para nuestro estudio, consistía en que cualquier estado y época el padre que se veía privado de sus hijos tenía derecho de visitarlos en ciertas ocasiones.

1.2.3. En el Derecho Español

A diferencia del Derecho Romano en la España Goda la patria potestad, se observaba más racional y humana y es que mediante el Concilio III de Toledo, se dictó una ley en la que se establecía la pena de muerte contra los padres que privaran de la vida a sus hijos, protegiendo por medio de esta disposición la vida humana, asimismo se evitó que los padres humillaran a sus hijos con situaciones que anteriormente existían, como era el hecho de venderlos y empeñarlos; por otra parte, en cuanto a los derechos que tenían los padres

⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas-Familia, décima cuarta edición, Porrúa, México, 1995, p. 669.

sobre sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, están entre otros, los siguientes: tenían el derecho de corrección o de castigo, podían oponerse al matrimonio de sus hijos, castigando severamente a aquellos que se casaran con persona distinta de la aceptada por el padre y aún más, al contraer el matrimonio a que se oponían los padres, era justa causa para deshacerlo.

Las madres debían de tener a los hijos menores bajo su guarda siempre y cuando sucediere lo siguiente: que muriese el padre, que la madre así lo deseara, conservar en custodia a sus menores hijos y que no contrajera nuevas nupcias.

El padre era administrador de los bienes de los hijos, pero sin tener la facultad para enajenarlos. Cuando el hijo tenía una edad de veinte años podía reclamar la mitad de la herencia materna (*parafernales*), pero si contraía matrimonio podía pedir hasta las dos terceras partes de esa masa hereditaria, y el resto lo conservaba el padre como recompensa de los cuidados brindados y como símbolo de su poder. Respecto del peculio adventicio, el padre tenía la obligación de hacer inventario y tomando en cuenta las bases romanas.

Las causales por las que se extinguía la patria potestad sólo se contemplaban la muerte o delito del padre, si era éste de tal manera que hubiere que imponerle como pena la pérdida de los derechos de la patria potestad; dejando de lado las más comunes que eran la edad y el matrimonio del hijo.

El Fuero Juzgo, ley básica de la reconquista tuvo su origen en el *liber judiciorum*, y esta ley fue aplicada a los Godos y Romanos en la cual el poder otorgado a la madre más que un carácter de patria potestad tenía el carácter de guarda y es titular legítima preferente e indiscutible de sus hijos, por encima de los demás parientes y en forma por demás contradictoria, no se le otorga la patria potestad, sino una especie de tutela, el poder paterno otorgado por el Fuero Juzgo en cuanto a la patria potestad se estableció que tenía que ser

ejercitada por los cónyuges y reduce considerablemente sus derechos y aumenta la personalidad del hijo de familia, sin embargo con estos cambios tuvo mínimas diferencias con las instituciones de otros fueros municipales que caían el llamado sistema foral.

La dignificación de los hijos se reflejaba cuando cumplían veinte años debido a que a esta edad para ellos era obligatorio el servicio de la milicia, y consecuencia de ello era casi su emancipación, figurando incluso como compañero de armas de su propio padre; y es precisamente la emancipación legal del matrimonio del hijo la única causa para salir de la esfera de la patria potestad del padre y de la tutela legítima de la madre.

Cuando los padres fueran de mala vida, no cuidarán su persona, ni la educación de sus hijos, o bien, dilapidaran su fortuna; se les nombraba un tutor y esa tutela conferida cesaba por el cumplimiento de los doce años del sometido de ella.

En esta etapa se modifica la organización de la familia, en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad de los ascendientes, se reduce el poder al padre únicamente, dejándose entrever que desde ese momento en que se hace del matrimonio de los hijos causa de emancipación legal, pierde el padre derechos que anteriormente a las modificaciones legislativas tenía como era el caso de que aún casándose el hijo no salía de la esfera del poder del ascendiente, en la presente etapa ya se observaba que con tal situación el hijo o los hijos adquieren, por ejemplo, el usufructo de los bienes adventicios.

La ley que dio un giro importante a la reglamentación de la patria potestad fue la Ley del Matrimonio Civil en la que se le otorga a la madre en defecto del padre con todos los derechos, provechos y funciones de protección, es decir, la patria potestad es un derecho que atañe a ambos cónyuges, aunque la preferencia para la representación de ella pueda y debe corresponder al padre en ciertos

casos; esta ley también modificó el concepto de hijos naturales, y por lo tanto, se extiende la acción de la patria potestad a los llamados hijos naturales; ampara la autoridad de los padres con el concurso del poder público para la detención y reclusión de los hijos en establecimientos destinados para tal efecto; niega la patria potestad, por regla general, a la madre, cuando contrae segundas nupcias; hace desaparecer las instituciones como el Consejo de Familia, la protuela y el Registro de Tutelas; sanciona los derechos del cónyuge viudo; reglamenta la ausencia; prohíbe la investigación de la paternidad; por regla general, legisla con mayor extensión acerca de los principios de la deuda alimenticia; reforma el tipo legal de la mayoría de edad; deroga el beneficio de *restitutio in integrum* que los menores, incapacitados y personas jurídicas gozaban según el derecho anterior.

La patria potestad en las familias Aragonesas, se basó en lo natural, es decir, el poder paterno que tiene únicamente un carácter tutelar y de protección de los hijos, por lo que se observa que la natural es contraposición de la civil y rechaza el derecho que tiene el padre por un deber implícito y por lo tanto justo que debe tener el padre; se empieza a dar la relación natural motivada por razones innatas de simpatía y moral entre padres e hijos, en cuanto a la reciprocidad de darse alimentos, de igual manera regido por un sentido de igualdad los padres tenían la obligación de dotar a las hijas y donar por razón de su matrimonio a todos y cada uno de los hijos.

El derecho aragonés no otorgó a la madre la patria potestad, sino que únicamente le reconoció algunos derechos tales como el de tener a los hijos en su compañía mientras se conservare viuda; tiene la obligación de alimentar a los hijos, de dar dote a las hijas, excepto cuando se casaren en contra de su voluntad, podían dar el consentimiento a los menores de veinte años para celebrar contrato y ciertos actos de enajenación y aprobación de cuentas de tutela, aunque en este aspecto los hijos que adquiriesen bienes por cuenta propia y por tanto les correspondían, no necesitaban licencia del padre y mucho

menos de la madre, dada su situación en esta legislación de Aragón, para contratar sobre dichos bienes, por su parte el padre moralmente se sentía robustecido en su poder, en el hecho de tener libertad de testar a uno los hijos preferidos sobre los demás.

El derecho aragonés y algunos elementos de la legislación de castilla, el derecho romano y también el de catalán influyeron en el desarrollo del fuero de Navarra; sin embargo en esta última ley no se contempla la patria potestad civil, sino que adoptan la corriente germánica, en el sentido de que en todo el poder de dirección o protección sobre los hijos y menores le dan el nombre de tutela, destacando la del padre, con el carácter de legítima únicamente.

La tutela es común para el padre como a la madre, a falta de éstos, la ley llama a los demás parientes. El ejercicio de la tutela legítima alcanzaba al hijo primeramente hasta los siete años, elevándose después a los doce y catorce años, según fuera mujer o varón.

En el territorio de Vizcaya se contempla que las relaciones civiles de los padres con los hijos llevadas a cabo bajo la idea de tutela, como se hacía en la reglamentación de Navarra, en donde existía una igualdad entre la madre y el padre para su ejercicio, también el padre podía atribuirles la calidad de tutores y administradores legales de los hijos; asimismo los progenitores podían sustituir los tutores nombrados por ambos para sus hijos, como los designados judicialmente, que han de ser dos, correspondientes el primero a parientes de la línea paterna y el segundo a los de línea materna.

A la edad de dieciocho años los hijos podían dejar la curatela y pasaban a ser *sui iuris*, esto se estableció en la Ley del Fuero Vizcaino, practicando para ello ante el Juez la oportuna justificación de ser aquella edad tan sagaz y diligente que puede regirse a sí mismo.

1.2.4. En el Derecho Mexicano

El Código Civil surgió gracias a que los legisladores mexicanos se basaron para la elaboración de éste, en las legislaciones francesa y española; en esta ley se le dio preferencia al aspecto patrimonial, haciendo que predominara más que el interés del menor.

Por encargo del Presidente Benito Juárez, en el año de 1859 el Licenciado Don Justo Sierra elaboró un proyecto del código civil, y trato principalmente de la protección y cuidado del menor, proyecto que fue publicado y aprobado en 1861 inspirado en el proyecto del Código Civil de 1870 y que también fueron fuentes de su inspiración el Código Francés, el Portugués, el Proyecto de García Garona y en menor intensidad a las legislaciones de Cerdeña, Austria y Holanda.

Como ya se mencionó en este Código se destaca el interés por brindar protección a los menores a través de la patria potestad y la tutela, mismas que se reglamentaron, pero esas disposiciones no fueron específicas, ya que no alcanzaron las finalidades de protección y defensa que se pretendía.

Respecto a la tutela se decía que el objeto de ésta era la guarda y protección de la persona y de los bienes que no estaban sometidos a la patria potestad y que eran incapaces para gobernar su persona y administrar sus bienes.

En cuanto a la patria potestad se establecía que se ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, por esto la patria potestad recae sobre el ascendiente designado por la ley.

Es por ello que la institución de la patria potestad surge de la incapacidad de los hijos para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes durante ciertos años de su vida.

De manera que la patria potestad, impone a los padres y ascendientes, el deber de cuidado y protección de los hijos y de sus bienes; dentro de las obligaciones que trae consigo el ejercicio de la patria potestad, tenemos la de educar al menor convenientemente y se les otorgó a los padres la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente a sus hijos, quienes debían permanecer en la casa de quien ejercía la patria potestad y no podían abandonarla sin permiso o por decreto de autoridad competente.

Las diferencias que tuvo este Código en lo que respecta al tema que nos ocupa, fueron subsanadas por otras leyes que se expidieron posteriormente, como lo fue el Código Civil de 1884 y que fue promulgado por el General Manuel González, el aspecto de la protección del menor se reglamentó en la misma forma que en el ordenamiento de 1870, pero con algunas variantes en lo referente a la tutela legítima ya que hubo un agregado al artículo 547 del Código de 1870 y consistió en la facultad que se le otorgó al menor que hubiese cumplido los catorce años para designar a su tutor legítimo.

Dentro de los deberes de los hijos, los Códigos antes mencionados, establecen que los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás descendientes, los que sean menores de edad y no estén emancipados deben estar sujetos a la patria potestad mientras exista alguno de sus ascendientes a quienes corresponde ejercerla, siendo estos el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna.

El ejercicio de la patria potestad queda sujeta en cuanto a la guarda y educación conveniente de los menores y los padres deberán hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. “Siempre seguirá siendo el arte de las artes educar a un niño, ya que el niño, será lo que sus padres le ayuden a ser”.⁹

⁹ IBARROLA, Antonio de, Derecho de Familia, segunda edición, Porrúa, México, 1981, p. 363.

Si los padres tienen la obligación de velar porque sus hijos se instruyan, tiene el derecho y el deber de educarlos. La educación y la instrucción, nos explica Mazeaud, están ligados íntima y necesariamente pues “la persona encargada de la instrucción de niño tendrá un papel decisivo sobre su educación”.

La patria potestad se acaba por la muerte del que ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la emancipación o por la mayoría de edad del hijo.

Otra ley como lo es la expedida por Venustiano Carranza denominada Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, trató al igual que el ordenamiento de 1884 lo referente a la persona del menor, pero con las siguientes variantes: en cuanto a la patria potestad, aducía que la misma no tenía ya por objeto beneficiar al que la ejercía y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se creyó conveniente establecer que se ejerciera conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de estos, por abuelo y abuela, pues ningún motivo había para excluir de ella a la madre quien, por razones naturales se había sacrificado.

La familia y la patria potestad son dos instituciones jurídicas que están relacionadas debido a que a través de la formación de la primera da origen a la segunda, pues al unirse un hombre con una mujer ya sea por matrimonio o concubinato tenemos que dentro de los fines es el de preservar la especie y al procrear hijos trae implícita la patria potestad que ambos padres tienen y ejercen respecto de esos hijos que tienen; ahora bien también pudimos apreciar que a lo largo de la historia la familia ha sufrido diversos cambios y ahora ya no existe distinción respecto de los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, es decir, ambos hijos tienen los mismos derechos.

CAPÍTULO 2

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA Y PATRIA POTESTAD

Grosso modo hemos destacado los aspectos evolutivos que consideramos importantes, respecto de las instituciones de la familia y la patria potestad, sin embargo; es importante establecer el funcionamiento y aplicación de las mismas, desde un enfoque sociológico y desde luego jurídico para el entendimiento y consecuente comprensión de estas instituciones.

Por ello en este capítulo, ahondaremos sobre los conceptos antes referidos en los que definiremos el término familia y al integrarse se desprenden ciertos lazos como son la filiación, el parentesco, mismos que estudiaremos para su entendimiento.

2.1. Familia

La familia tiene orígenes desde tiempos muy remotos y a través de la historia al tratar de definirla, ésta se hace desde diferentes puntos de vista, atribuyendo su significado a su origen que sería puramente biológico, otros la definen sociológicamente y por supuesto en el ámbito jurídico también se ha definido.

Para poder definir a la familia partiremos de su origen etimológico y su naturaleza, al respecto nos dice Antonio de Ibarrola "Procede la palabra familia del grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según unos; *fames* según otros, y según entender de Taparelli y De Greef, de *fames*, hombre. Fámulos son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco *faamat*, significa habita, tal vez del sánscrito vama, hogar, habitación, radicado y comprendido en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos y a los

esclavos domésticos, por posición a los rurales (servi), llamado, pues familia y familia al conjunto de ellos.”¹

El concepto biológico parte de la procreación que por instinto natural el hombre tiene y que también implica un deber de protección, crianza y educación de todos los miembros del grupo familiar, una acepción en este ámbito nos lo dan Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez al decir que la familia es “...el grupo constituido por la primitiva pareja y sus ascendientes, sin limitación. La familia como hecho biológico involucra a todos aquéllos que, por el hecho de descender unos de los otros o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.”²

De lo anterior podemos concluir que biológicamente la familia está constituida por los seres humanos y que inicia con la unión de una pareja y sus demás familiares, que pretenden conservar la especie.

El segundo punto de vista es el sociológico al que los autores en consulta en los dos párrafos anteriores definen el término familia como “...la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.”³

Aquí se considera familia, a todas las personas que descienden de un tronco común, sin importar que tan lejanos estén, unidos por lazos de afecto que se atenúan entre más lejanos estén y siendo lo contrario con los parientes más cercanos, y es de la familia donde emanan lazos afectivos, morales, económicos, virtudes de solidaridad y de ayuda recíproca entre los miembros de la prole y con los demás humanos o miembros de la sociedad.

¹ Íbidem, p. 2.

² BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al., Derecho de Familia y Sucesiones, Harla, México, 1990, p. 8.

³ Ídem.

El concepto de familia repercute en otros aspectos del derecho como lo son el matrimonio, la obligación alimentaria recíproca entre los parientes, cargos de tutor y curador, es decir, el concepto jurídico contempla las obligaciones y facultades que derivan entre todos los integrantes de la familia según el carácter que funjan cada uno dentro de ésta.

“Familia en sentido estricto –dice Francesco Messineo- es el conjunto de dos o más personas que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituyen un todo unitario. En este sentido amplio pueden incluirse personas difuntas (antepasados aún remotos o por nacer, familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien todavía en otro sentido, las familias que contraen entre sí un vínculo del parentesco de sangre (adopción); familia civil.”⁴

Jurídicamente la familia se origina bien sea con el matrimonio, concubinato o adopción y las relaciones paterno filiales en las que descansa la función del grupo familiar.

La naturaleza de los deberes y derechos varía según si la unión de ese tronco común están unidos en matrimonio o simplemente es una relación transitoria o permanente (concubinato) “...pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros. Así desde la perspectiva jurídica la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y

⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo III, Porrúa, México, 1998, p. 12.

deberes recíprocos, también constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores.”⁵

Ahora bien si la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad por lo que debe armonizarse y sustentarse en la libertad, la participación y la responsabilidad de todos y cada uno de sus miembros, además de que la misma debe estar protegida, a parte podemos entender como acepción jurídica de la familia al conjunto de personas que tienen facultades y obligaciones entre sí, con independencia de la forma en que haya surgido esta relación, bien sea por matrimonio, concubinato o adopción.

2.2. Filiación

La procreación es un hecho natural que da origen a la formación de familias y dentro del derecho de familia la filiación es un tema de gran importancia, pues una vez establecida esta relación se adquieren una serie de derechos y obligaciones como sería el caso de la patria potestad, derechos alimentarios, sucesión legítima, tutela legítima, así como diversas prohibiciones como las del matrimonio, solo por mencionar algunas.

“Filiación es, ante todo, el hecho biológico de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores, indica luego también la relación jurídica que media entre progenitores e hijos.”⁶ Según nos dice Barbero Domenico.

⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al. op. cit. p. 9.

⁶ BARBERO, Domenico, Sistema de Derecho Privado, “Derechos de la Personalidad, Derecho de Familia-Derechos Reales”, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América, Argentina, 1967, p. 105.

De ahí que la palabra filiación "...proviene de latín, *fili*, hijo, y denota la procedencia genérica de las personas; de tal, manera que filiar una persona significa ubicarla dentro de su familia."⁷

En el derecho la filiación es regulada para que los sujetos que son parte de esa relación se puedan exigir uno al otro de manera coercitiva los deberes a que tienen derecho así como algunas normas éticas, sin embargo éstas últimas se escapan de la observancia de la ley.

Existen tres maneras en que surge la filiación y son por matrimonio, la extramatrimonial y por adopción.

La filiación por matrimonio es aquella que se da entre padre y madre unidos en matrimonio con los hijos nacidos dentro de éste y se prueba con el acta de nacimiento de los hijos y con el acta de matrimonio de sus padres; en caso de que no hubiere ninguno de estos documentos se acreditará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, esto es, si una persona ha sido tratada por otra como hijo, lleva su apellido o le da alimentos, entonces estamos hablando de posesión de estado de hijo; la acción para poder reclamar este estado es imprescriptible y la única forma en que puede perderse la posesión de estado de hijo es mediante sentencia.

Asimismo el Código Civil del Estado de México además de las formas mencionadas en el párrafo anterior contempla los demás medios de prueba que la ley prevé, tales como: la presunción de ser hijo de matrimonio y tal presunción a su favor la tienen los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, plazo que se debe

⁷ PENICHE LÓPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, décima sexta edición, Porrúa, México, 1982, p. 12.

computar a partir de que se separaron los cónyuges bien sea por orden judicial o por muerte; esta presunción es improcedente en caso de que el esposo pruebe que fue imposible fecundar a su cónyuge en los términos mencionados.

El esposo que haya dado su consentimiento tácito o expreso no podrá desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

La filiación extramatrimonial resulta certera exclusivamente con la madre, pero con el padre se establece por el reconocimiento o por sentencia que declare la paternidad, y está legitimado para reconocer a sus hijos aquél hombre que tenga la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido, también aquél que pruebe que pudo concebirlo antes de esa edad; en el caso de los menores de edad pueden revocar el reconocimiento hecho si hubo engaño al momento del reconocimiento y puede intentarlo hasta después de cuatro años de que haya cumplido su mayoría de edad, pero los mayores de edad que hayan reconocido la paternidad no pueden revocarlo aún cuando haya sido mediante testamento y éste se revoca.

El reconocimiento de un hijo se puede hacer en el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil, en escritura pública, por testamento y mediante confesión expresa ante autoridad judicial; todo reconocimiento surte efectos plenos a partir del momento en que se da el consentimiento.

El reconocimiento puede ser impugnado por el hijo reconocido durante su minoría de edad, acción que deberá ejercitar dentro de los dos años siguientes en que haya cumplido su mayoría de edad máximo.

El sistema jurídico Mexicano adoptó el sistema Francés respecto de la filiación natural, en donde se autoriza la investigación únicamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba; que a diferencia del sistema inglés se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declare la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna.

La investigación de la paternidad no es abierta o libre sino limitada a los cuatro casos a que se refieren los artículos 382 del Código Civil Francés y 4.175 del Código Civil para el Estado de México, o sea que sólo está permitida en los casos de raptó, estupro o violación; cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo; cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, y cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Cuando una mujer le haya dado su nombre y brindado los cuidados durante la lactancia así como proveerlo de alimentos a un niño y que públicamente lo haya presentado como su hijo no se le podrá separar del mismo por el sólo reconocimiento, excepto que ella consienta la entrega o por alguna otro causa legal que emane de sentencia.

La adopción “Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo.”⁸

Algunos autores únicamente contemplan como fuentes generadoras de la filiación a el matrimonio y las relaciones extramatrimoniales, sin embargo Sara

⁸ MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, tercera edición, Porrúa, México, 1987, p. 320.

Montero Duhalt considera además de las antes mencionadas a la adopción, postura con la que estamos de acuerdo, pero no así con la acepción de filiación que dicha tratadista refiere, al decir: “Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre – hija e hijo.”⁹

Al definir de esa forma a la filiación, es decir, a la relación que hay entre progenitores y sus descendientes deja fuera la otra fuente de la filiación que es la adopción y consideramos que la adopción también es parte de la filiación porque en el Código Civil del Estado de México al mencionarnos sobre la adopción plena nos dice en su artículo 4.194 “Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes”.

Partiendo de esta premisa es que consideramos que la adopción es una forma más de originar la relación jurídica denominada filiación; asimismo al hablar de la filiación extramatrimonial recordemos que se considera el reconocimiento que es irrevocable, excepto el reconocimiento hecho por un menor, así como el reconocimiento a que se refiere el artículo 4.172 del Código Civil del Estado de México, que es aquél hecho por una mujer bien sea por cuidados y por permitirle llevar su nombre; es decir, en ninguno de estos tipos de reconocimiento importa que el hijo reconocido sea o no biológico; y en estricto sentido filiación debe ser la relación jurídica que se da entre padre o madre con sus hijos; sin importar la manera en que se estableció el lazo filial.

2.3. Parentesco

⁹ Íbidem, p. 266.

La palabra parentesco etimológicamente proviene del latín popular *parentatus* de *parens* que significa pariente.

Biológicamente se puede definir al parentesco como la relación que existe entre todas aquellas personas que descienden de un tronco común, producto de una relación sexual, dándose un lazo común de sangre.

“El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco.”¹⁰

La anterior cita es una acepción jurídica de parentesco, al que nosotros podemos conceptualizar como la relación jurídica que se establece entre personas que pertenecen a un mismo tronco común (consanguíneo), la que se origina por el matrimonio, es decir aquél que se da entre un cónyuge con los parientes del otro (afinidad), y finalmente entre adoptado y adoptante (civil).

2.3.1. Tipos de parentesco

Del concepto que hemos dado de parentesco se dilucida que existen tres tipos tal y como lo establece el artículo 4.117 del Código Civil del Estado de México que establece:

“Artículo 4.117.- Sólo se reconocen los parentescos de consanguinidad, afinidad y civil.”

A.- Parentesco Consanguíneo

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. op. cit. p. 443.

El Código en consulta nos dice en su artículo 4.118 que este parentesco es aquél existente entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Al respecto Galindo Garfias nos dice “Para establecer el parentesco consanguíneo, debe partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida es la filiación. Si ésta ha sido comprobada, quedará establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si éste es conocido.”¹¹

Entonces el parentesco consanguíneo es aquél que existe entre todas las personas que descienden de un tronco común, bien sea por la línea paterna o la materna; uniéndolos un lazo de sangre, sin importar que tan lejanos sean unos de otros.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez nos dan ejemplos de este tipo de parentesco “...los hermanos, pues el padre es el progenitor común, o los que descienden unos de otros; el padre respecto del hijo, el abuelo respecto del nieto. Los hermanos tienen el mismo padre o madre, y aquéllos, así como los tíos, sobrinos y primos, tienen un abuelo común.”¹²

Como se puede apreciar de todos los anteriores ejemplos en todos los casos existe la relación de un tronco común que se relacionan unos de otros por el lazo de sangre.

B.- Parentesco por Afinidad

¹¹ Íbidem, p. 445.

¹² BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al. op. cit. p. 19.

Este parentesco como ya se explicó en el punto anterior es el que se origina con el matrimonio y existe exclusivamente entre un cónyuge con el pariente del otro, así también lo determina el Código Civil del Estado de México de la forma siguiente:

“Artículo 4.119.- El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre un cónyuge y los parientes del otro.”

Este parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón; recordando que los parientes deben ser consanguíneos; es lo que coloquialmente conocemos como parentesco político y surge desde el momento de la celebración de ese acto solemne, por lo tanto, entre los esposos no hay relación de parentesco sino únicamente existe un vínculo jurídico de esposos, y en virtud de que es un parentesco que se da por la celebración del matrimonio, el concubinato no produce parentesco por afinidad.

Como ejemplo de este tipo de parentesco tenemos a la suegra y suegro respecto del yerno o la nuera, el cónyuge con el hermano (a) de su esposa (o) que es lo que conocemos como cuñado (a), sin embargo estos ejemplos son como los conocemos comúnmente, pero jurídicamente el parentesco por afinidad es en el mismo grado que tiene su cónyuge por el parentesco consanguíneo, es decir los padres de un cónyuge son los padres del otro por afinidad y así sucesivamente con cada pariente.

Este parentesco no se establece entre las dos familias, sólo entre el marido y los parientes consanguíneos de su esposa y viceversa.

La afinidad no origina obligaciones alimentarias ni derechos hereditarios.

Concluyendo, si el parentesco por afinidad surge con el matrimonio, dicho parentesco se extingue cuando ese vínculo es disuelto.

C.- Parentesco Civil

Este parentesco es el que se establece a través de la adopción, y surge exclusivamente entre el adoptante y el adoptado, no así para con los familiares del adoptante con el adoptado; en la adopción plena el parentesco se equipara al consanguíneo.

2.3.2. Líneas y grados

Para determinar la cercanía que hay entre las personas por razón del parentesco se hace a través de líneas y grados.

Los grados son cada generación que separa un pariente de otro, tal y como lo estipula el Código Civil del Estado de México en su artículo 4.121 estableciendo que cada generación forma una grado.

“El grado de parentesco está formado por cada generación, todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por ejemplo, todos los hijos de un padre sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco respecto a su progenitor.”¹³

Abundando a lo anterior tenemos que el padre es pariente del hijo en primer grado y en segundo grado de su nieto.

¹³ Ídem.

La línea está formada por la serie de grados, ejemplo de ello tenemos cada hijo de un padre y los hijos de sus hijos, es decir, sus nietos forman una línea; existen dos tipos de líneas que son:

1.- Línea Recta.- Es la serie de grados que descienden unos de otros, y este tipo de línea a la vez se subdivide en dos que son línea recta ascendente o descendiente.

La línea recta ascendente es la que liga a una persona con su progenitor y los parientes que le anteceden, como es el caso de un hijo, su ascendente es su padre, el abuelo, etcétera.

En cambio la línea recta descendiente es la que liga al tronco común con los parientes que le procedan como lo son sus hijos, nietos, etcétera.

Los grados en línea recta se cuentan por el número de generaciones o por el de personas en las que se tiene que excluir al progenitor; en la línea recta no existe limitación de grados.

2.- Línea Transversal.- También se le conoce como línea colateral y se determina considerando el número de generaciones ascendiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra.

La línea colateral o transversal puede ser igual o desigual, en esta se cuentan los grados por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas hasta llegar al tronco común y descendiendo por la otra, o bien por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

El derecho reconoce únicamente el parentesco colateral hasta el cuarto grado, es decir, los primos en línea igual y los tíos abuelos con los nietos en línea desigual.

Las líneas son también paternas y maternas, por lo que los hijos nacidos de personas unidas en matrimonio serán por ambas líneas dobles y las personas nacidas fuera de matrimonio su parentesco será en línea materna y sólo en línea paterna cuando haya sido establecida la paternidad.

2.3.3. Efectos del parentesco

El nexo jurídico existente entre los parientes es generador de derechos y obligaciones, ya sea para la realización de determinadas conductas o para abstenerse de hacer otras; mismas que varían según el tipo de parentesco, la línea y el grado.

En el parentesco consanguíneo produce los derechos y obligaciones de la patria potestad, alimentos, hereditarios, tutela y diversas prohibiciones que más adelante señalaremos.

La patria potestad se ejerce entre los hijos y sus ascendientes; es decir, es ejercida por el padre y la madre, por los abuelos maternos y paternos, excepto en caso de adopción simple que sólo la ejercen los adoptantes respecto del adoptado.

Los alimentos son recíprocos, el que da tiene derecho a pedirlos, bajo esta premisa tenemos que los padres tienen la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos y a falta o imposibilidad de éstos, la obligación recae en los ascendientes más próximos, así como también los hijos están obligados a proporcionar alimentos a sus padres y si no a sus descendientes más cercanos; y a falta o imposibilidad de ascendientes o descendientes, la obligación pasa a

los hermanos de padre o madre; y a falta de todos los parientes antes mencionados tienen obligación de suministrar alimentos los parientes colaterales hasta el cuarto grado. En la adopción simple la obligación es de igual forma que en los casos de padre e hijo.

En la sucesión legítima tienen derecho a heredar los descendientes, ascendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado, también el cónyuge y concubina o concubinario recordando que entre éstos no existe parentesco alguno.

El orden en que deben heredar debe ser bajo el principio de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, así como los parientes que se encuentren en el mismo grado podrán heredar a partes iguales.

Respecto de los descendientes, cuando los padres mueran, sus hijos heredarán a partes iguales y por cabeza, los descendientes que le sigan les corresponderá la porción de hijo pero heredarán por estirpe.

Cuando existan ascendientes de ulterior grado por una línea, la herencia se repartirá a partes iguales, cuando sea por ambas líneas se dividirá la herencia en partes iguales y se destinará una a los ascendientes de la paterna y otra a la materna; y los integrantes de cada línea dividirán entre sí a partes iguales la parte que les corresponda.

Los parientes colaterales también tienen derecho a heredar, sólo si hay hermanos por la línea paterna y materna le sucederán por partes iguales, pero si a la sucesión acuden hermanos y medios hermanos, los primeros heredarán en doble porción respecto de los segundos; se aplicará ésta última regla asistiendo hermanos con hijos de hermanos (heredan por cabeza) o de medios hermanos premuertos (heredan por estirpe; en caso de que no hubiere hermanos podrán heredar sus hijos por estirpe).

En caso de que no hubiese ninguno de los parientes citados en párrafos anteriores, sucederán los parientes más próximos hasta el cuarto grado sin hacer distinción alguna de línea, no se tomará en cuenta el doble vínculo y podrán heredar a partes iguales.

La tutela legítima es procedente cuando por cualquier motivo no existe quien ejerza la patria potestad, ni hay un tutor testamentario; ésta tutela le corresponde ejercerla a los hermanos por ambas líneas, a falta o incapacidad de éstos les corresponde a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive; cuando se trate de algún menor y faltare alguno de los parientes antes mencionados, entonces serán los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales quienes les nombren un tutor.

En el supuesto de que hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá al más apto, excepto cuando el menor haya cumplido doce años, pues será él quien haga la elección.

Los hijos serán tutores de sus padres cuando sean incapaces, solo si faltare su cónyuge, pues en todo caso éste es quien deberá ejercer la tutela por orden de preferencia; si hay pluralidad de hijos, entre todos designarán quién será el tutor de su progenitor y en caso de que no lo hagan de común acuerdo el tutor será el hijo que viva en compañía del padre o la madre, si fueran varios la designación la hará el Juez considerando para la elección al hijo más apto.

En caso de que un padre no tenga hijos o éstos no puedan desempeñar la tutela, sus padres serán tutores siempre y cuando sean solteros o viudos y deberán acordar cuál de los dos ejercerá el cargo.

Cuando un incapaz carezca de tutor testamentario y con persona alguna que deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella: los abuelos; después los hermanos y por último los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Si el incapacitado que está bajo tutela tiene a su vez hijos, el tutor del incapacitado lo será también de ellos, si no hay otro ascendiente que legalmente deba serlo.

Dentro de las prohibiciones que trae consigo el parentesco consanguíneo es el impedimento para contraer matrimonio tal y como lo establece la fracción III, del artículo 4.7 del Código Civil del Estado de México en donde dice que no hay limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa.

El parentesco por afinidad no origina derechos y obligaciones alimentarias ni hereditarias ni son considerados para ejercer tutela legítima, pero si existe impedimento para contraer matrimonio en línea recta sin límite

El parentesco civil genera consecuencias jurídicas muy similares a las que hay en el parentesco consanguíneo, sólo que son únicamente entre el adoptante y el adoptado, como es el caso de proporcionarse alimentos, en la adopción simple el adoptado hereda como hijo pero no hay derechos de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante teniendo éste a su vez derecho a nombrarle un tutor a su hijo a través de un testamento; también existe prohibición para contraer matrimonio entre el adoptante y adoptado y los descendientes del último.

2.4. Patria Potestad

La formación de familias o el simple hecho de concebir hijos acarrea una serie de derechos y obligaciones, entre ellos tenemos una institución natural denominada patria potestad, que va encaminada a que los progenitores vigilen sobre sus hijos menores de edad su desarrollo integral, la guarda de su persona y de sus bienes, así como su representación legal; siendo la patria potestad en

esencia la responsabilidad que recae sobre el padre respecto de su hijo y que su origen está en la filiación.

“Debemos destacar que la patria potestad como institución, se encuentra orientada primordialmente al resguardo del hijo, y ampliado al campo de su vigencia por la comprensión de los hijos extramatrimoniales, lo cual aparece como uno de los elementos concurrentes en la función de protección a la minoridad; y acompañada de otras instituciones jurídicas tales como la tutela, la adopción y sobre todo la guarda, constituye un instrumento de la tarea protectora de la minoridad, si bien notoriamente diferente de las restantes en cuanto origen, naturaleza jurídica, vinculaciones que produce y alcances de la intervención estatal al respecto.”¹⁴

En efecto la patria potestad es un estado jurídico que constituye el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas en principio al padre y la madre parcialmente a los ascendientes, respecto de los hijos menores considerados tanto en su persona como en patrimonio.

La patria potestad es un estado de derecho que así como otorga obligaciones, también concede derechos, como son entre otros, educar y convivir con los hijos; esta institución es de orden público que se ejerce atendiendo al interés superior de la infancia, en cuya preservación y debida aplicación de las normas se establecen como finalidades las de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente.

Como ya se dijo la patria potestad es el reflejo de la filiación y su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente establecida la filiación, sin embargo en defecto de éstos a los abuelos que la ejercerán sobre los descendientes menores de edad.

¹⁴ D' ANTONIO, Daniel Hugo, op. cit. p. 18.

Por su parte Planiol define a la patria potestad “como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”¹⁵

La patria potestad no solo constituye un conjunto de prerrogativas a favor de los padres como la de exigir obediencia y respeto del menor no emancipado y llevar su representación legal, administrar los bienes del menor y usufructar aquellos, tanto los que adquieran por su trabajo como por cualquier otro título; sino que es también una obligación en el sentido verdadero del termino, a cargo de los padres y a favor de los hijos, respecto de la educación, principalmente y conservación, asistencia, protección y alimentación, además de las obligaciones de naturaleza ético-espiritual, la dirección, los cuidados y la rectitud de la conducta de importancia determinante para la subsistencia y desarrollo de los hijos.

Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro nos dicen que la patria potestad “Se considera como un poder concedido a los ascendientes como un medio de cumplir con sus deberes a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara 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.”¹⁶

En nuestra legislación Civil la patria potestad está contemplada como una institución que nace de la relación paterno filial, es por ello que atendiendo a la realidad y a las necesidades de la sociedad, la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia de este vínculo

¹⁵ PLANIOL, Marcel, et. al., Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio, vol. II, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 251.

¹⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al. op. cit. p. 27.

matrimonial, sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

“Consideración aparte merece la definición que de patria potestad da Messineo y la referencia ineludible que cabe realizar en orden a la teoría de los poderes-deberes en el ámbito del derecho de familia.

Para el insigne autor italiano, la patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar.”¹⁷

La patria potestad es entonces la facultad que tienen los padres de ejercer sobre sus hijos menores de edad, todo tipo de acciones encaminadas a su bienestar físico, emocional, psicológico, tales como la administración de los bienes, todo aquello inherente a brindarles protección, representarlos, proporcionarles alimentos, con el objeto de que tengan un sano desarrollo psico-emocional, siempre respetando el interés superior de éstos, ejercicio que tendrá vigencia hasta que cumplan la mayoría de edad o se emancipen.

2.4.1. Naturaleza de la Patria Potestad

La patria potestad como ya se mencionó es de orden público que se ejerce atendiendo al interés superior de la infancia, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada en que haya un buen desempeño de la misma.

La patria potestad es un cargo privado pero de interés público, su cumplimiento y buena dirección respecto de los menores sobre quienes se ejerza trae

¹⁷ D' ANTONIO, Daniel Hugo, op. cit. p. 25.

consigo que el interés de los padres coincida con el de la sociedad y vista como un derecho subjetivo el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo, aunque existan agentes externos a la familia que estén velando por el interés superior de los menores, aunque si bien es cierto que los que la ejerzan, que la mayoría de las ocasiones son los progenitores, tienen la facultad libre de determinar los métodos y la forma en que cumplan con los objetivos de la institución, libertad que está limitada por la ley; pero esa libertad no aplica en el sentido de que decidan a su libre albedrío considerar en ejercer o dejar de ejercer ese cargo, pues de ahí deviene una de las características que más adelante se explicará.

“Los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de sus bienes.”¹⁸

El debido cumplimiento de ejercer la patria potestad se garantiza a diferencia de otras figuras como la tutela, con los lazos de afecto que hay entre el progenitor y sus hijos, originada de su parentesco consanguíneo, de la convivencia, de los sentimientos afectuosos y del sentido natural de protección; en cambio en la tutela el efectivo cumplimiento de las obligaciones que tiene el tutor emana de la relación jurídica existente por ser más estricta y de complicada organización.

2.4.2. Características

De la lectura del concepto y de la naturaleza de la institución, tenemos que la patria potestad tiene tres características que son: irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

¹⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit. p. 674.

A.- Irrenunciable. El artículo 4.226 del Código Civil del Estado de México establece que la patria potestad no es renunciable y en relación con el artículo 1.3 del mismo ordenamiento legal invocado que establece que sólo se podrán renunciar a derechos privados que no afecten el interés público, recordando que esta institución es de orden público; de estas disposiciones es que surge la primera característica de irrenunciabilidad pues la familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores y en el supuesto de que se renunciara al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar dicho cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentran bajo ella; el primer precepto invocado también contempla dos causas por las que la persona que la ejerce puede excusarse, que sería cuando ésta tenga sesenta años cumplidos y que por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

B.- Intransmisible. Debido a que la patria potestad es una relación familiar que emana de la filiación, dicha relación no puede ser objeto de comercio, ni transferirse por un título oneroso ni gratuito, es decir es intransmisible por voluntad de los particulares; la única forma existente en que puede transmitirse es por medio de la adopción y ésta debe hacerse apegada a todos los lineamientos que establece la ley, cuya patria potestad será ejercida por el adoptante sobre el adoptado.

C.- Imprescriptible. Esto implica que ni se adquieren ni se pierden derechos ni deberes por el transcurso del tiempo, ejemplo de ello tenemos que si una persona brinda protección a un menor, lo representa y es socialmente reconocido, no es motivo para que adquiera por prescripción la patria potestad de ese menor que cuida; mucho menos un progenitor perderá el ejercicio de esta institución cuando no se ocupa de desempeñar su cargo o bien perder su ejercicio.

El Maestro Manuel Chávez Asencio añade como característica la de tracto sucesivo y nos dice “El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.”¹⁹

Esta característica a que se refiere el autor antes citado es en sí la serie de actividades que tienen que desempeñar los titulares de la patria potestad para poder llegar a los objetivos de esta figura jurídica.

2.4.3. Sujetos que intervienen en la relación

Las personas que interactúan en la patria potestad son dos y se les denomina sujetos activos y sujetos pasivos.

Dentro del primer grupo que son los sujetos activos tenemos que son conforme al artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México las siguientes personas padre y madre, abuelos maternos y los abuelos paternos; en caso de que hubiese alguna controversia entre los abuelos el Juez la dirimirá atendiendo al bienestar del menor; en los casos de adopción la patria potestad solo la ejercen los adoptantes; entonces podemos decir que los sujetos activos son quienes deben desempeñar el cargo.

En relación a los sujetos pasivos, éstos son sobre quienes se ejerce la patria potestad que son menores de edad, entendiéndose por éste aquella persona que tenga menos de dieciocho años, pero que no estén emancipados y se le denomina así a “un acto que confiere al menor el gobierno de su persona, el goce y la administración de sus bienes con una capacidad limitada”.²⁰

¹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., op. cit. p. 280.

²⁰ PLANIOL, Marcel, et. al. op. cit, p. 581.

Se requiere que el menor no esté emancipado porque si dentro de los objetos de la patria potestad encontramos que es la dirección de la persona del menor así como la administración de sus bienes, resultaría ocioso que los titulares continuaran con el ejercicio de ésta.

Galindo Garfías Ignacio, nos dice que: “en virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y adquiriendo sus bienes con ciertas restricciones”.²¹

La emancipación se da cuando un menor de edad contrae matrimonio y es la única forma que sobre sujeto pasivo dentro de la relación se deje de ejercer la patria potestad.

2.4.4. Efectos de la Patria Potestad

A.- Respecto a la persona sujeta a la patria potestad.

Los deberes y derechos que confiere el ejercicio de la patria potestad son con el fin de dar cumplimiento a la función protectora y formativa de los hijos, ello surge de lo dispuesto en el artículo 4.201 del Código Civil que dice:

“Artículo 4.201.- Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.”

Los padres cuentan con autoridad para poder cumplir con sus obligaciones y se basa primordialmente en que el sujeto a la patria potestad debe respetar y obedecer, también tiene el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia; pero ese deber de honrar y respetar a los padres así como a los demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y

²¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit, p. 394.

condición no se extingue al terminar la patria potestad; pues es un fundamento ético de las relaciones paterno filiales para llegar a la consolidación de la familia.

Los menores sujetos a la patria potestad están obligados a no dejar la casa en donde vivan con sus padres si no cuentan con el permiso de éstos o bien con la autorización de la autoridad competente.

Dentro de las obligaciones que tienen las personas que ejercen dicha autoridad son:

- a) el cuidado y guarda de los hijos;
- b) la dirección de su educación;
- c) el poder de corregirlos y castigarlos;
- d) la obligación de proveer a su mantenimiento;
- e) la representación legal de la persona del menor, y;
- f) la administración de los bienes del menor.

En los casos en el que los hijos concebidos hayan sido nacidos fuera del matrimonio, la patria potestad la ejercerán el padre o la madre que los hayan reconocido, para el caso de que vivan juntos, es decir en concubinato, la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos, pero aunque no vivieren juntos pero el hijo fue reconocido por ambos progenitores, la patria potestad será ejercida por ambos; sin embargo; deberán determinar cuál de los dos padres ejercerá la custodia del hijo y en caso de que no llegaren a un acuerdo, el juez de lo familiar, oyendo a los padres, al menor y al Ministerio Público, resolverá sobre lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

B.- Respecto de los bienes del sujeto a la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad también conlleva la obligación de que quienes la ejercen administren cuidadosamente los bienes del que está sujeto a ésta, dicha administración de bienes es variable, esto en razón de los tipos de bienes, pues existen dos tipos para su estudio y son los bienes adquiridos como producto de su trabajo y los adquiridos por algún otro título como puede ser una herencia, legado, donación o por el don de la fortuna.

Como ya se dijo la administración de los bienes del menor está a cargo de quien ejerce la patria potestad, y éstos tienen la obligación de realizar todos los actos tendientes a conservar y mejorar el patrimonio de los menores a su cargo; ya que la administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo.

“En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca.”²²

Se entiende por actos de disposición, aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación.

Queda comprendido dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste.

Sin embargo dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes, por ejemplo de cierta cantidad de dinero de la administración, con la finalidad de proteger los intereses del menor, siendo necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de algunos bienes

²² VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, España, 1921, p. 501.

que forman parte del patrimonio del menor. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante, de que tienen la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponde, si se les permitiere ejecutar libremente actos de disposición.

La administración de los bienes será a cargo de ambos padres, sin embargo deberán convenir quién de los dos será el administrador, sin que ello implique que el administrador tenga plena autoridad y libertad para tomar decisiones respecto de los bienes, sino que tendrá que consultar al otro para que apruebe cualquier decisión que el administrador haya tomado, muy en especial se requerirá del consentimiento expreso cuando se trate de actos muy trascendentes; de igual forma sólo uno de los que estén en ejercicio de la patria potestad podrá representar al menor en juicio, sin embargo no podrá llegar a ningún arreglo sin el consentimiento del otro y de la autorización judicial cuando así la ley lo exija.

En cuanto a los bienes adquiridos por su trabajo se encuentran bajo la administración y usufructo del menor; “el actual derecho de usufructo encuentra su origen en la Institución francesa denominada “guarda”, que consistía en el derecho de obtener la renta de los bienes que pertenecían al hijo menor, a condición de tener algunas obligaciones, entre las cuales se contaba la de educar al hijo”.²³

En cuanto a los bienes adquiridos por causa distinta de su trabajo, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al hijo y la administración y la otra mitad del usufructo le corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador legatario o donante pueden excluir a las personas que ejercen la patria

²³ FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ Fernando, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, segunda edición, Porrúa, México, 1978, p. 133.

potestad, del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación.

Si los que ejercen la patria potestad renunciaren a la mitad del usufructo de los bienes del menor, ello se consideraría como una donación.

De los bienes que administran las personas que ejercen la patria potestad el usufructo de esos bienes conllevan obligaciones tales como: proporcionar alimentos al menor; realizar un inventario con la valuación de los inmuebles antes de entrar al goce de los bienes, ello a su costa; en caso de que no se usen los bienes por sí, será responsable de los daños o menoscabo que los bienes tengan por culpa o negligencia de quien los use; si hubiese ganados y faltasen, deberá reemplazar los faltantes, excepto cuando hayan perecido sin responsabilidad del usufructuario; cuando se trate de árboles frutales el usufructuario está obligado a la replantación; se deberán hacer los pagos por contribuciones y los gastos ordinarios del bien; también deben otorgar una garantía excepto cuando los que ejerzan la patria potestad sean declarados en quiebra o sean concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias y cuando su administración sea notoriamente ruinoso para sus hijos.

Se considerará como emancipado al menor que bien sea por disposición legal o por consentimiento de quien ejerza la patria potestad, tenga la administración de sus bienes, sin embargo se siguen conservando las restricciones para enajenarlos, gravarlos o hipotecar los inmuebles.

Los que ejercen la patria potestad sólo podrán enajenar y gravar los bienes propiedad del menor cuando sea por causa de necesidad o que exista un evidente beneficio para éste y con la autorización previa del Juez competente, asimismo, no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, hacer remisión de deudas, ni dar fianza en representación del menor.

En los casos en que el Juez haya dado la autorización de enajenar un bien de algún menor, se deberán tomar las medidas necesarias para hacer que lo recibido de dicha venta se destine para lo que fue vendido y si quedare algo de ese producto, el mismo se invierta a favor del menor. El total de la venta será depositado en el Tribunal y el que ejerce la patria potestad sólo podrá disponer del dinero con la autorización del Juez.

Los Jueces siempre deberán tomar todas las medidas que ellos consideren pertinentes para salvaguardar el interés y bienestar de los menores, por cuanto hace a los bienes de éstos, están facultados para nombrarles un tutor en el caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al del menor, tutor que los representará fuera y dentro de juicio, si hubiera derroche o disminución de los bienes, las medidas se tomarán a instancia de la parte interesada que podrá ser el menor que hubiere cumplido catorce años de edad o bien el Ministerio Público.

El usufructo a que tienen derecho las personas que ejercen la patria potestad respecto de los bienes del menor a su cargo se extingue por dos causas ya sea por terminación o bien por renuncia a la patria potestad.

Cuando haya terminado el ejercicio de la patria potestad los sujetos que la ejercieron deberán entregar a los que estuvieron sujetos a ella, bien sea por que esté emancipado o por haber cumplido la mayoría de edad, la totalidad de los bienes y los frutos que son de su propiedad y rendirán cuentas de toda su administración; para el caso de que exista alguna disminución de los bienes por una mala administración, las personas que ejercieron la patria potestad deberán restituir en su totalidad lo perdido.

2.4.5. Extinción y suspensión de la Patria Potestad

La palabra extinción quiere decir hacer que cesen o se acabe del todo algo, y esto trasladado al tema que nos ocupa significa que la patria potestad se acaba porque las leyes ponen fin a ella especificando los supuestos que debe haber para que esto suceda, es decir en la extinción no hay ninguna causa imputable a los que la ejercen sino que es por disposición legal.

Al efecto el Código Civil del Estado de México contempla cuatro supuestos por los que concluye la patria potestad y son:

- a) Con la muerte del que la ejerce.
- b) Emancipación derivada del matrimonio.
- c) Por la mayoría de edad.
- d) Por la adopción simple.

Cuando el que ejerce la patria potestad muere, en caso de ser los padres, si muere uno, el otro continúa ejerciéndola, sin embargo cuando mueren los dos padres entonces se aplica el contenido del artículo 4.204 del Código Sustantivo.

La emancipación además de ser un medio por el cual los hijos dejaban de estar sujetos a la patria potestad, también es un estado intermedio entre la incapacidad absoluta y la plena capacidad de la mayoría de edad, es decir, adquiere una limitada capacidad que marca la ley, lo que también se corrobora con lo establecido en el numeral 4.338 del Código Adjetivo Civil.

Conforme al artículo 4.339 del Código Civil a una persona se le considera mayor de edad al cumplir dieciocho años de edad, pues a esta edad se considera que la persona tiene la capacidad para disponer de su vida y de sus

pertenencias, de ahí que al ser mayor de edad se adquiera capacidad legal y sea una causal para que cese el ejercicio de la patria potestad que se ejercía.

Al ser un menor adoptado, cesa ese ejercicio y quien se hará cargo de ejercerla será el adoptante.

También existe la posibilidad de que los que la ejercen lo dejen de hacer en forma temporal, ello es que la patria potestad puede ser suspendida en los casos siguientes:

- a) Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce.
- b) Por declaración de ausencia.
- c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- d) Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.

La declaración de estado de interdicción se da cuando una persona mediante declaración judicial es declarado interdicto, esto es, que físicamente se encuentra incapacitada para realizar actos debido a que por trastornos mentales se disminuyó o perturbó su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos.

Declaración de ausencia, ésta se da cuando una persona ha desaparecido de su domicilio y existe la incertidumbre de saber si está con vida o no.

Es la resolución mediante la cual un juez considera que el que ejerce la patria potestad no es la adecuada para el menor.

La sustracción de un menor se da cuando por una resolución judicial se decreta a favor de una persona la custodia del infante y otro bien sea el padre, la madre o algún familiar se apoderan del hijo menor de edad.

2.4.6. Pérdida de la Patria Potestad

El legislador con la finalidad de fomentar una paternidad responsable y obligar a que los padres no incumplan con los deberes que tienen para con sus hijos; cuando se tratare de la omisión de esos cuidados que deben dar los titulares de la patria potestad; tomando en cuenta que la patria potestad es un estado de derecho que así como otorga obligaciones, también concede derechos, como son entre otros, educar y convivir con los hijos; y para proteger a los niños a través del fomento de la paternidad responsable, el legislador ha enlistado las causas por las que puede un padre perder la patria potestad respecto de sus menores hijos, mismas que son atribuidas al titular siendo éste el culpable en el cumplimiento de sus obligaciones y cuyos supuestos son:

- a) Cuando el que la ejerza sea condenado por delito grave.
- b) Por costumbres depravadas, malos tratos o abandono de los deberes alimentarios o de guarda y custodia por parte de los que la ejercen por más de dos meses y que con ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores.
- c) Cuando los que ejerzan la patria potestad obliguen a los menores de edad a realizar la mendicidad, trabajos forzados o cualquier otra forma de explotación.
- d) Cuando ante autoridad judicial el que ejerza la patria potestad acepte la entrega al menor a instituciones de asistencia pública o privada.
- e) Cuando sin causa justificada los menores hayan sido abandonados por más de dos meses en albergues.
- f) Por condena a la pérdida de este derecho.
- g) Por exposición de los hijos.

- h) Por incumplir injustificadamente las determinaciones judiciales tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectos a sus descendientes.

La pérdida del ejercicio de la patria potestad es una sanción grave porque involucra y afecta a los menores, ya que cuando se decreta es porque los padres han manifestado con conductas que amenazan la integridad física, moral y psicológica de los menores, lo que va en contra de la finalidad del ejercicio de dicha institución.

La patria potestad no es renunciable, sólo puede ser objeto de excusa cuando quienes deben ejercerla hayan cumplido sesenta años o cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Del tema en estudio, podemos decir que la patria potestad es una función de los padres establecida sobre todo en interés de los hijos y que consiste esencialmente en cuidar de sus personas y bienes, por tanto la suspensión y pérdida de la patria potestad más que una sanción al progenitor incumplido, son medidas de protección del hijo y, por ende, deben ser adoptadas en beneficio del mismo, puesto que la intención del legislador no fue simplemente sancionar la mera infracción de los deberes a cargo del padre, sino fundamentalmente proteger al menor, y si bien la situación de abandono o desamparo debe entenderse producida cuando se ha dejado de cumplir con las obligaciones que conlleva ejercer la patria potestad, no debe olvidarse que el interés de los hijos debe ser estimado como primordial.

Considerando por una parte, que la patria potestad impone a los padres el deber de proveer a la asistencia y protección de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos, es evidente que tal deber implica una dirección ético-espiritual, así como rectitud de conducta de quienes la ejercen y, por ende, su cumplimiento constituye un factor determinante para la

subsistencia y desarrollo armónico de los menores sujetos a ese régimen y, por otra, el interés que la sociedad tiene en la conservación de dicha institución familiar en que se sustenta la formación moral e intelectual de las personas sobre quienes se ejerce esa potestad, y el incumplimiento de esas obligaciones a cargo de los padres es infraccionada en forma parcial o total, pues ello puede comprometer la salud, la seguridad o moralidad de aquéllos.

CAPÍTULO TERCERO

GUARDA Y CUSTODIA

En este capítulo estudiaremos la guarda y custodia, como vimos en el capítulo anterior ello forma parte de la patria potestad por lo que se darán los conceptos de guarda y de custodia, debido a que en ocasiones estos términos son utilizados como sinónimos o como si fuera un solo término; sus características y contenido de como se lleva a cabo en diversos supuestos como lo son cuando los hijos nacen dentro y fuera de matrimonio, cuando hay de por medio un divorcio, una nulidad de matrimonio o en los casos de adopción; así como la suspensión y privación de la custodia. Para así poder abordar nuestra propuesta respecto a las consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas y convivencias con menores.

3.1. Concepto

La palabra guarda, podemos decir que es un término que se refiere al derecho de los padres sobre la persona del hijo, implicando ese derecho el de guarda y de dirección, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial, el derecho de corrección.

La guarda: “comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.”¹; así lo define el doctrinario Julio J. López del Carril.

¹ LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Argentina, 1984, p. 280.

Entonces la guarda de los hijos implica o es consecuencia de ésta, tener la dirección del hijo, vigilar sus relaciones, prohibir todo aquello que los padres consideren desventajoso para el desarrollo físico y moral de los menores, debiéndolos instruir en su educación, en su formación como personas integrantes de la sociedad, observar su comportamiento y guiarlos para que tengan un buen desarrollo físico y emocional; así como los hijos también tienen la obligación de no abandonar el hogar familiar sin permiso de los padres, para que estos puedan responsabilizarse de la dirección, la que es inherente a la custodia, ya que es necesaria la obediencia del menor hacia ellos.

El derecho de guarda comprende tres medios esenciales de gobernar al hijo, la educación, la vigilancia y la corrección, y para su cumplimiento debe ser en el ambiente más idóneo, que es el de la familia, ya que el hogar familiar es el lugar más adecuado para la vida del menor; esta obligación se cumple teniendo a los hijos en el mismo domicilio de los padres, por lo que los menores deben habitarlo conjuntamente con los que ejercen la patria potestad y el domicilio legal de los padres es al mismo tiempo el domicilio de los hijos.

Así cuando se confiere el derecho de guarda, se otorga sólo la dirección y el cuidado de los hijos; pero no se proporciona la administración de sus bienes ni la representación del menor.

El derecho romano ha servido de base al nuestro, por tanto retomaremos esos antecedentes para definir lo que es custodia, en ese sistema jurídico se contemplaban dos acepciones, una en derecho penal y otra en derecho civil.

En el derecho civil romano la custodia consistía en que el deudor debía cuidar la cosa debida como un *bonus pater familias*, lo que en términos generales era una especie de diligencia que en cualquier caso en que alguien tuviera bajo su cuidado una cosa ajena debía conservarla y vigilarla para evitar su pérdida, que fuera robada o usucapida por terceros.

La palabra custodia proviene del latín custos que quiere decir guarda o guardián y ésta a su vez deriva del curtos, que forma del verbo curare que significa cuidar.

Por tanto podemos decir que custodia es el efecto de custodiar o guardar con cuidado alguna cosa; tal y como nos lo dice el Maestro Chávez Asencio al decir “la custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar”.²

Del significado de la palabra custodia obtenemos que su objeto es la conservación, defensa, cuidado, protección y vigilancia de una cosa y ello transportándolo al Derecho de Familia, concluimos que guarda al ser una consecuencia de la patria potestad, es entonces, el cuidado, dirección y vigilancia de los menores por parte de quienes la ejercen; esto es, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado, traducido en brindarles amor, ponerles atención, dirigirse con respeto y mostrar el mismo hacia la persona del menor.

Dentro del derecho de custodia se encuentran comprendidos otros deberes y derechos correlativos, como resultado de la relación paterno-filial existente entre los padres y sus hijos, sin embargo la custodia de menores es el primer deber de los padres en relación con sus hijos no emancipados, entonces la custodia implica un desmembramiento del ejercicio de la patria potestad en cuanto a la atribución de algunas de las facultades y deberes que comprende aquella, sujeta a la vigilancia o contralor de quien ostenta el ejercicio de la patria potestad.

La legislación de Nueva Zelanda, en el Acta de Guarda de 1968, que entró en vigor el 1° de enero de 1970, y que era un código que cubría todos los aspectos de la guarda, custodia y acceso; misma que se consulta para distinguir la guarda de la custodia.

² CHAVEZ ASECIO, Manuel F., op cit. p. 301.

Señala dicha legislación en la sección 3 en donde hace referencia a la custodia, que significa simplemente el derecho a la posesión y cuidado del niño; mientras que la guarda es de mayor importancia e incluye no solamente a la custodia, sino también al derecho de control sobre su establecimiento.

No obstante lo anterior, es de suma relevancia señalar, que para nuestra legislación, así como para los Tribunales, las palabras guarda y custodia, significan lo mismo, pues se refieren a ellas como un mismo deber, al establecer que la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien las ejerce.

De lo anterior se concluye que la guarda de menores tiene una mayor amplitud que la custodia, y comprende el conjunto de derechos o funciones que corresponde al padre y a la madre a tener corporalmente al hijo con ellos, para educarlo o asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a su alimentación, a vestirlo y a coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual, todo ello de acuerdo a las posibilidades de los padres. En tanto la custodia, es el elemento material de la guarda, que consiste principalmente en tener consigo al hijo menor, por lo tanto la custodia se subsume a la guarda del menor, es por eso que el ejercicio de la patria potestad se complementa necesariamente con la custodia de los menores.

3.2. Características

La guarda y custodia de un menor tiene su naturaleza en la patria potestad, por tanto tiene sus mismas características que son irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad.

La custodia constituye dentro de la estructura social, una de las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia. Porque la guarda de un menor implica el deber de dirigirlo, de proveer a su alimentación, tenerlo en su

compañía y dispensarle cuidados, educación e instrucción. Esto lo justifica el hecho de quienes tienen a un menor es con la preponderante finalidad de guiarlo y protegerlo en lo esencial que es su persona.

El cuidar y proteger a un menor requiere que se le ampare, defienda y atienda, ya que él mismo por su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valerse por sí mismo; en este caso, son los que lo tienen bajo su custodia, los encargados de conservar su integridad física, intelectual y moral, a través de los instrumentos jurídicos y sociales que se les deben proporcionar para llevar a cabo esta misión.

Proteger a un menor es una de las tareas más difíciles a las que se enfrenta cotidianamente quién lo tiene bajo su custodia. Se requiere de una gran conciencia y responsabilidad, de entender lo que ello significa; porque está de por medio el futuro del niño; en la atención que reciba en esa etapa de su vida; porque es en ella en donde radica el porvenir que tendrá y la función que asumirá dentro de la sociedad.

Es pues, factor determinante, la forma como se lleva a cabo esta función por parte de quienes tienen en sus manos la protección de un menor, porque de ello depende su desenvolvimiento como persona.

Por ello, el derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor sujeto a patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación del menor y la obligación y el derecho del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometida.

3.3. Contenido

Como ya se dijo en el capítulo anterior las obligaciones y deberes que tienen los titulares de la patria potestad para con los sujetos a ésta, tenemos el respeto, la representación legal, la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, tenerlos bajo su guarda y custodia, la administración de sus bienes, derecho de corregirlos mesuradamente, dirigirlos en su educación convenientemente, observar una conducta que les sirva de buen ejemplo, proveer lo necesario para el mantenimiento del menor, criarlos, vivir en el mismo hogar con los hijos, darles instrucción, darles asistencia material, moral y espiritual, ayudar a elegir su oficio o profesión, darles asistencia en las enfermedades, representar al hijo en todos los actos de vida, exigir del hijo respeto y obediencia, conceder o negar la autorización para dejar la casa, tener el usufructo legal, con sus cargas respecto de sus bienes.

El Código Civil del Estado de México en su artículo 4.130 dispone que los padres están obligados a proporcionar alimentos a sus hijos y que a falta o imposibilidad de éstos dicha obligación pasa a los ascendientes más próximos; así tenemos que la palabra alimentos implica según el Código en consulta el proporcionar todo lo que sea necesario para el sustento, habitación, vestido, atención médica y hospitalaria, los gastos necesarios para la educación primaria y secundaria, proporcionarle algún oficio, arte y profesión, descanso, esparcimiento y protegerlos contra cualquier maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, trata o explotación.

El ayudar a un menor en su crecimiento, alimentándolo, educándolo y formándole una mentalidad saludable para que posteriormente él cuente con los elementos que le permitirán desarrollar ampliamente sus facultades, se dice que se le está criando.

La palabra crianza deriva del latín *creare*; instruir, educar, enseñar, dirigir. Acción y efecto de criar. Época de lactancia y desarrollo de las aptitudes físicas y biológicas.

Entonces criar a los hijos en la época más importante de la infancia, que es la época de lactancia, tiene como única finalidad alcanzar un mejor desarrollo en las aptitudes físicas y psicológicas del menor.

Otro aspecto importante es la educación misma que debe darse según el sexo, según la vocación y que comprende la educación física, moral y religiosa; debido a que ello es base para que en el futuro el menor adecue su conducta y se adapte a las normas sociales imperantes en su época.

Educación proviene del latín *educatio*. Acción y efecto de educar, enseñanza y doctrina que se dan a los niños y a los jóvenes. La educación es un proceso selectivo que parte de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

“El deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida.”³

En términos amplios, la educación consiste en lograr desenvolver en el educando, que habitualmente es un niño o un joven, en forma armónica e integral sus aptitudes físicas, intelectuales y morales.

³ ZANNONI, Eduardo A., op. cit. p. 719.

La educación del menor se da primeramente en la familia, especialmente en el plano ético, puesto que necesariamente requiere del molde formativo constituido primordialmente por la figura de sus padres, quienes son los principales y primeros educadores de sus hijos, por ser este el ambiente natural de la educación; y la escuela después se encarga de darle una preparación intelectual, que lo capacita para seguir otros estudios superiores; pero ambas dan las bases y orientan los primeros pasos del hombre en el proceso educativo y en la vida del menor en vida con el fin de desarrollar las aptitudes físicas, intelectuales y morales del menor, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes, en plena armonía con las circunstancias.

También las vivencias cotidianas con la sociedad, aporta al individuo conocimientos y formas de comportarse que va seleccionando por medio del intelecto y adopta elementos éticos, intelectuales, estéticos, etcétera.

El proceso de vinculación y concienciación cultural, moral y conductual de los menores a través de la educación, las nuevas generaciones asimilan y aprenden los conocimientos, normas de conducta, modos de ser y formas de ver el mundo de generaciones anteriores, creando además otros nuevos, de ahí que el artículo 4.207 del Código Civil para el Estado de México señale que los padres deben mostrar a sus hijos sujetos a la patria potestad una conducta que les sirva de buen ejemplo.

Así tenemos, que educar es una obligación esencial que los padres deben satisfacer y se refiere a instruirlos, a través de las escuelas primarias y secundarias, las cuales se imparten de forma gratuita, ya que sin este tipo de enseñanza el menor estaría mal preparado para ganarse la vida en la sociedad en que vivimos; dirigir la educación de los hijos, normar su conducta, formar su carácter e ideas; es un deber moral que se atribuye a los progenitores para la debida instrucción que deben darle a los hijos que procrearon, con arreglo a sus posibilidades, ya que la educación del hijo debe tender a prepararlo para una

vida sana, física y moral; proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional y formación cívica.

La obligación de los padres de proporcionar a los hijos la instrucción debida, corresponde el derecho y deber de educarlos, puesto que la educación y la instrucción se encuentran necesariamente vinculadas, así la persona encargada de la instrucción del menor, juega un papel importantísimo en su educación, y para llegar a lograr satisfactoriamente estos fines es necesario corregirlos, tal y como lo establece el artículo 4.207 del Código Civil del Estado de México, dicho precepto normativo faculta a los padres o quienes ejerzan la patria potestad a corregirlos mesuradamente, lo que no implica efectuar actos de fuerza que atenten contra la integridad física o mental del menor, por ser esto un derecho de los menores, ya que de lo contrario estaríamos en presencia de violencia familiar.

Otra obligación que tienen los padres es la de vigilar a sus hijos y observar que tengan un buen desarrollo, ello puede ser a través del cuidado en las acciones del menor, vigilar su desenvolvimiento moral, conocer sus amistades, ver la educación que se les imparte en las escuelas y conocer la correspondencia que reciben; y le corresponde esa obligación al ser ellos las personas con las que tienen un trato directo; de ahí que los padres deban velar por el bien de un menor, pues de ello depende gran parte de su formación.

Es precisamente en las etapas de la infancia y la adolescencia, tiempo en el que generalmente dura el ejercicio de la patria potestad, donde se adquieren ciertos patrones de conducta y las bases para desarrollarse, pero si los padres no vigilan en forma apta a sus hijos, la conducta que éstos puedan tener en un futuro puede verse afectada y provocar así un desequilibrio familiar y social.

El vigilar a los hijos también implica que la persona menor de edad no puede abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad esta sometido.

Esta obligación tiene el fin de que al vigilar los padres el comportamiento de sus hijos, así como las amistades con las que se relacionan es para evitar que los menores manifiesten conductas que puedan resultar nocivas para los intereses del menor o para otras personas, tales como conducirse en forma ilícita o contra las buenas costumbres.

Los menores carecen de capacidad bien sea legal o natural y por eso deben tener un representante, que en este caso son los padres los que suplen la incapacidad, por lo que serán ellos quienes deban representarlos en cualquier acto, tal y como lo dispone el artículo 4.210 del Código Civil para el Estado de México, y que textualmente dispone lo siguiente:

“Artículo 4.203. La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.”

Por tanto, ambos, padre y madre resultan ser los legítimos representantes de los que están bajo la patria potestad, sin embargo, ello no debe interpretarse en el sentido de que rigurosamente tengan que ser ambos progenitores los que simultáneamente deban representar a los menores hijos en un proceso, basta que uno de ellos lo haga para que se le dé la legitimación procesal activa para acudir al juicio, en virtud de que no existe precepto legal alguno que exija la concurrencia de los dos padres; y esa facultad se encuentra limitada en el caso de que se pretenda concluir el negocio, en el que deberá contarse con el consentimiento expreso del padre que no acuda al juicio, lo que se dispone en el numeral 4.210 del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 4.210. Uno solo de los que ejercen la patria potestad podrá representar al hijo en juicio; pero no podrá

celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su cónyuge, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.”

Sólo en caso de ausencia de los padres por cualquier otra circunstancia que la haya originado, los menores serán representados por los ascendientes en segundo grado, es decir, los abuelos dándose prioridad a los maternos y posteriormente a los paternos, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, procurando el beneficio del menor y atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Cuando por parte de los padres existe un interés opuesto al de sus hijos, el Juez deberá nombrar un tutor, quien los representará y a ellos también les corresponde la representación para administrar la guarda de los bienes del menor, sin que tal circunstancia implique el desconocimiento de los derechos y deberes a que se contrae el ejercicio de la patria potestad que los padres pudieran tener respecto del menor.

Tener la guarda es una responsabilidad importante pues es a los padres a quienes les corresponde estar pendiente de que sus hijos tengan un desarrollo físico e intelectual efectivos y encaminados a formar personas benéficas para la sociedad.

En cambio la custodia de un menor no implica el ejercicio de todos los derechos-deberes que se mencionaron, sino sólo algunos de ellos; debido a que la custodia es el cuidado y vigilancia de los menores, es decir, consistente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo la patria potestad, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos y ejercitando algunos de los derechos-función que integran la patria potestad.

3.3.1. Hijos de matrimonio

Matrimonio es una palabra que deriva de la voz latina *matrimonium* que significa carga de la madre, y la legislación Civil del Estado de México lo define como una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.

Entonces podemos definir al matrimonio como el vínculo que existe entre los contrayentes de diferentes sexos, en el que ambos adquieren derechos y obligaciones y que ello da origen a la formación de una familia y proteger a los hijos que procreen.

Como se mencionó en el segundo capítulo el matrimonio es una fuente de la filiación y la guarda y custodia por formar parte de la patria potestad, y al ejercerla ésta los padres y/o cónyuges, ambos también tienen a su cargo la guarda y por encontrarse los hijos bajo la autoridad de los padres quienes pueden corregirlos en forma moderada y los hijos les deben respeto y obediencia.

La guarda y custodia de los hijos de matrimonio puede variar debido a las circunstancias en que se encuentre el matrimonio, ya que éstas pueden ser que los cónyuges cohabiten en el mismo inmueble y otra cuando se encuentran separados.

En el primero de los supuestos, es decir, cuando ambos cónyuges viven juntos, la guarda y custodia de los hijos la tienen los dos, por tanto, a ambos padres les concierne decidir la forma y el lugar donde deberán estudiar, vigilar las amistades con las que se relacionen, los correctivos que pondrán cuando así lo consideren necesario, la administración de sus bienes, así como decidir el

domicilio que habitaran tanto ellos como sus hijos, pues éste será el domicilio legal, mismo que no podrá ser abandonado por los hijos menores de edad, excepto que los que ejerzan la patria potestad o por decreto de la autoridad correspondiente les sea autorizado.

Los menores de edad están obligados a permanecer en el lugar que habitan con sus padres para que convivan y puedan cumplir con sus deberes que les confiere ejercer la patria potestad, lo que debe realizarse en un ambiente de respeto y que ello les de una estabilidad psicoemocional, económica y sexual.

El matrimonio se da por lazos afectivos que existen entre una pareja, tales como el amor, cariño, atracción física, en fin por afinidad uno con el otro, sin embargo esto puede cambiar con el paso del tiempo, pues se pueden manifestar desavenencias que desestabilizan el ambiente familiar y surgen entre los cónyuges problemas que los orilla a separarse, lo que puede hacerse de hecho o de derecho.

Cuando la separación de los cónyuges se hace de derecho, estamos en presencia de un divorcio ya que éste es la forma legal de extinguir al matrimonio, y se debe acudir ante el órgano jurisdiccional para que así lo determine, estableciéndose en la ley las causas por las cuales se puede disolver el vínculo, los tipos de divorcio y las medidas precautorias que deben considerar los jueces, y son estas medidas las que nos incumben ya que cuando en un matrimonio existen hijos, los cónyuges deben acordar la forma en que cubrirán las necesidades alimentarias de los hijos, así como quien tendrá la custodia de los mismos.

Cuando los padres deciden divorciarse es difícil que lleguen a un acuerdo respecto a la guarda y custodia de sus menores hijos y es entonces ahí donde inicia la disputa por determinar quién de los dos permanecerá con los hijos

menores de edad, debido a que si se están separando es porque hubo una fractura de caracteres.

De ahí que el legislador en el artículo 4.95 haya establecido las medidas precautorias que el Juez de lo Familiar debe considerar y determinar en los casos de divorcio y sobre todo cuando no exista un acuerdo entre los divorciantes, en dicho numeral se establecen cinco supuestos, pero la fracción que abordaremos es la número III que dice:

“Artículo 4.95. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

...

III A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;...”

De la fracción anteriormente transcrita, se desprende que el Juzgador debe considerar el interés superior de los menores de edad, para tomar una determinación que tenga relación con ellos, en especial sobre su guarda y custodia, quedando los menores bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos; pero ambos padres deben cumplir con sus obligaciones, y respecto al progenitor que no tiene la custodia conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor, es decir, conserva la guarda, lo que deberá regirse conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial; el derecho de convivir con ambos padres es importante ya que los menores deben contar siempre tanto con la figura paterna como la materna, mismas que son insubstituíbles.

Lo anterior no siempre es así pues se puede ver entorpecido debido a que los padres en su lucha de intereses personales no aportan elementos objetivos para que el juzgador resuelva bajo esa tesitura, es decir, con base al interés superior del menor y aún existiendo una resolución judicial el cumplimiento de la misma por parte de ambos padres en un principio puede ser viable sin embargo, las circunstancias pueden cambiar y usar a sus hijos como medio para obtener un interés personal o simplemente para molestar al otro, bien sea el padre o la madre, según sea el caso.

Por eso en el Código Sustantivo Civil establece que la resolución en la que se establezca que los menores deben permanecer con la madre o con el padre, puede ser recurrida por el medio de impugnación correspondiente, el cumplimiento de la resolución del Juez por parte de ambos padres en un principio puede ser viable, sin embargo, las circunstancias pueden cambiar y se deje de lado el interés superior de los hijos por parte de sus progenitores; de ahí que las resoluciones judiciales con el carácter de provisionales puedan modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva; aunque las sentencias dictadas en los juicios sobre patria potestad tendrán el carácter de cosa juzgada mientras no se alteren o cambien las circunstancias y alteren la determinación del Juez en la resolución emitida, ya que de lo contrario sólo podrán modificarse mediante nuevo juicio.

En el artículo 4.205 del Código Civil contempla la separación de hecho, que se da cuando los padres se encuentran unidos bajo un vínculo matrimonial pero no viven juntos; y si entre éstos no existe un acuerdo respecto de quien tendrá la custodia de los hijos, el Juez es quien resolverá atendiendo al interés superior de los menores de edad y el progenitor que no cuente con la custodia tendrá derecho a visitar a sus hijos.

3.3.2. Hijos fuera de matrimonio

Los hijos nacidos fuera de matrimonio son aquellos que fueron procreados por parejas que no se encuentran unidas en matrimonio, así tenemos que puede ser a través del establecimiento de un concubinato, es decir, cuando ambos cumplan cualquiera de los requisitos siguientes: estar libres de matrimonio, vivan como esposos por un lapso no menor de tres años o tengan hijos de ambos.

También existe el supuesto en que los padres no se encuentran unidos en matrimonio y no viven juntos, sino que únicamente procrearon a los hijos, pero ello no elude ni al padre ni a la madre de cumplir con las obligaciones de ejercer la patria potestad y menos aún pierden los derechos que tienen sobre sus hijos.

La relación anterior se da a través del reconocimiento que los progenitores hacen de sus hijos, respecto a la madre, el lazo filial se da únicamente con el nacimiento y en cuanto al padre se establece por reconocimiento o por sentencia que declare la paternidad.

El reconocimiento de un hijo es un medio para establecer la filiación, por tanto tenemos que los padres, bien sea en forma conjunta deben ejercer la patria potestad; sin embargo, dado que se encuentran separados tienen que decidir quien de ellos tendrá la custodia.

Al encontrarse este tipo de situaciones en nuestra sociedad, se ha orillado al legislador a tener que regularlas, pero sobre todo anteponiendo respecto de los padres el interés superior del menor; así tenemos que los progenitores deben acordar quienes de ellos ejercerá la custodia, pues por su rol de vida les es imposible que ambos la ejerzan conjuntamente.

Pero para el caso de no haber un acuerdo entre los padres, el legislador dispuso que el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, resolución que evidentemente es atendiendo al interés superior del menor.

El juzgador resolverá con lo expuesto por las partes, luego entonces, si éstas de hecho se encuentran separadas y nunca se establecieron, lucharán arduamente por obtener la custodia del menor; lo anterior sin perjuicio de que los menores deben ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, debiéndose tomar en cuenta la opinión del menor en función de su edad y madurez, con el fin de tener datos objetivos y con base lo manifestado por el menor, el juzgador pueda emitir una resolución apegada a derecho y atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto.

Sin embargo, la opinión del menor se puede ver influenciada por alguno de los padres o de ambos, pues éstos en su lucha por obtener la custodia de los hijos, y soslayando el bien de sus hijos, pueden llegar a manipularlos o coaccionarlos en diversas formas para así satisfacer sus intereses personales y no así el de los menores.

3.3.3. Divorcio

La palabra divorcio proviene de la voz latina *divortium* que significa separar lo que estaba unido; entonces divorcio es la separación o disolución del vínculo matrimonial válido, decretado por la autoridad competente y cuya solicitud está basada en las causales que se enumeran en la legislación.

Existen dos clases de divorcios, uno es el voluntario que es cuando los cónyuges están de acuerdo y el otro es el necesario basado en alguna de las causales establecidas en el Código Sustantivo y solicitado sólo por un cónyuge.

El divorcio voluntario se puede tramitar de dos maneras una es en forma administrativa y la otra es judicial, siempre y cuando haya transcurrido un año de haber contraído matrimonio.

La administrativa es cuando los cónyuges acuden ante el Oficial del Registro Civil que le correspondiera en razón del último domicilio conyugal que hubieren establecido, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o menores sujetos a tutela y hayan liquidado la sociedad conyugal; el funcionario antes mencionado levantará un acta en la que previamente deberá identificar a los divorciantes y hará constar la solicitud de divorcio; posteriormente dentro del término de quince días los citará para avenirlos y de no ser así, ratificarán la solicitud, hecho lo anterior el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, lo que hará constar en un acta y realizará las anotaciones correspondientes en el acta de matrimonio.

Procede el divorcio voluntario judicial cuando los cónyuges acudan ante el Juez y presenten su convenio en el que deberán señalar lo siguiente:

- I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;
- II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;
- III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;
- IV. La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

En el divorcio por mutuo consentimiento, obliga a los divorciantes a establecer quien de los padres tendrá la guardia y custodia de los hijos durante y después del procedimiento y la forma en que se llevará a cabo el régimen de convivencias para aquél que no tenga la custodia.

Así tenemos que el divorcio voluntario en cualquiera de sus dos formas no existe problema respecto de la custodia de los menores, pues en el primero que es el administrativo para su procedencia no debe haber hijos o bien si los hay deben ser mayores de edad, y en el judicial es requisito indispensable definir cuál de los padres tendrá la custodia de los hijos menores de edad y expresarlo en el convenio.

Ahora bien, en el divorcio necesario debe ser solicitado por el cónyuge que no haya dado causa a él, es decir, que no se encuentre en ninguna de los supuestos contenidos en el artículo 4.90 del Código Civil, en el acuerdo donde se admita la demanda de divorcio el Juez deberá emitir las medidas precautorias siguientes:

- I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;
- II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Estas medidas son con el fin de salvaguardar a los menores y cuidar que se desarrollen adecuadamente, de ahí que el legislador otorgue amplias facultades al Juez para que emita cualquier medida tendiente a proteger a los menores, medidas tales como decretar la separación de los cónyuges considerando el interés superior de los hijos menores de edad, decretar una pensión alimenticia y asegurar la misma, las tendientes para evitar que se les cause un daño en su persona o bienes y decretar la custodia a favor de uno de los padres.

Los menores dejarán de convivir en forma continua con uno de sus progenitores debido a que sólo uno tendrá la custodia, la finalidad de disponer en cuanto a la separación de los cónyuges es el establecimiento de qué cónyuge ocupará el domicilio conyugal, con el objeto de no perturbar emocionalmente a los menores hijos, pero ello de ninguna manera implica que las obligaciones de los menores así como las de los padres sean suspendidas.

De ahí que otra medida que debe decretar el Juez sea la de asegurar los alimentos correspondientes a los hijos, pues éstos deben ser proporcionados de momento a momento, debiendo cubrir ambos padres este rubro, con independencia de que le haya sido o no otorgada la custodia del menor.

El hecho de que los titulares de la patria potestad estén separados no implica que dejen de cumplir con sus obligaciones que dicha institución les confiere, sin

embargo, su desempeño se puede entorpecer por anteponer los intereses personales, por eso otra medida que debe considerarse para proteger a los menores es resolver sobre sus bienes, atendiendo a las reglas específicas que existen y disponer de cualquier medida para resguardar la integridad física de los menores, como podría ser en los casos de violencia familiar, en cuyo caso los menores pueden estar al cuidado de otras personas cuando ello sea lo más benéfico para su persona.

En cuanto al estudio que estamos realizando la medida más importante es la de resolver cuál de los dos padres tendrá la custodia de los menores que hayan procreado.

Para ello, se les da la oportunidad a los cónyuges de que lo hagan de común acuerdo y decidan con quién deberán permanecer los menores, durante el procedimiento de divorcio; pero eso no significa que el Juez efectivamente le otorgue a dicha persona la custodia, en razón de que si el Juez de lo Familiar, durante el procedimiento de divorcio encuentra elementos que lo lleven a determinar que la persona propuesta por los cónyuges no es la más apta para contar con la custodia del menor, es incuestionable que no puede dejarse al cuidado de esa persona a los menores y que resuelva en forma diversa a la propuesta por las partes, ya que dicha resolución la tomó con el fin de salvaguardar el bienestar de los hijos menores de edad.

En caso de que no exista un acuerdo el Juez lo resolverá en el entendido de que ambos padres son capaces de cuidar a sus menores hijos, independientemente de sus actividades laborales, las cuales sin duda, son actividades tendientes a satisfacer en primer término las necesidades de sus hijos y desde luego las propias; pero en ambos casos los padres siempre se encuentran obligados a esforzarse para dar todos los cuidados y medios suficientes que garanticen un correcto desarrollo físico, mental y emocional a sus menores hijos.

Sin embargo, el juzgador jamás deberá perder de vista que toda resolución que emita respecto de menores deberá ser la más benéfica, es decir, atendiendo al interés superior de éstos y respetando sus derechos que las leyes les consagran como personas y como niños o menores de edad, por eso debe tomarse la opinión del menor, aunque la misma no sea determinante para que el Juez resuelva, pues éste debe de considerar todos los elementos probatorios que consten en las actuaciones y que beneficien al menor.

3.3.4. Nulidad de matrimonio

El matrimonio al ser un acto jurídico debe ser celebrado cumpliendo los elementos de existencia y de validez; en el primer rubro tenemos a la voluntad, el objeto y la solemnidad; en el segundo son la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto y cumplir con las formalidades que la ley señale. La falta de alguno de estos elementos nos puede llevar a la inexistencia o la nulidad absoluta o relativa del matrimonio, siendo aplicables las reglas generales de nulidad de los actos jurídicos.

La voluntad es la manifestación de querer celebrar el acto jurídico, que en este caso es la manifestación de las voluntades de los contrayentes en el matrimonio.

El objeto, uno de los fines del matrimonio es la formación de una familia, misma que es considerada como la célula de la sociedad, así como preservación de la humanidad, por tanto, si un matrimonio es celebrado entre personas del mismo sexo, naturalmente que es imposible la procreación.

La solemnidad, este elemento es necesario en los casos que así lo disponga la ley, y uno de ellos es en el matrimonio al disponerse en el artículo 4.2 del Código Civil que debe ser celebrado ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil; con la presencia de los contrayentes o sus mandatarios, en el lugar, día y

hora, designados; con la comparecencia de sus testigos; se dará lectura de la solicitud y los documentos relacionados; el Titular u Oficial del Registro Civil, procederá a interrogar a los testigos si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud y si existe algún impedimento legal; y en caso de no existir impedimento, preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio; estando conformes los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad, asentándose el acta correspondiente.

Si al celebrar el matrimonio faltare bien sea la voluntad, el objeto o la solemnidad, ello nos lleva a que ese matrimonio es inexistente.

Ahora bien analizaremos los elementos de validez que son cuatro, el primero es la capacidad de las partes y tienen tal para contraer matrimonio la mujer que tenga catorce años y el hombre que haya cumplido dieciséis años.

El segundo es la ausencia de vicios en la voluntad que en el matrimonio se pueden dar el error de identidad consistente en casarse con una persona distinta con la que se pretendía unir y la violencia que es el empleo de la fuerza física o a través de amenazas.

La licitud es el tercer elemento de validez bajo el cual el matrimonio debe ser celebrado, esto es, no debe existir ningún impedimento señalado en la ley.

Finalmente el cuarto de los elementos es la forma y a ello se da cumplimiento al reunir todos y cada uno de los requisitos que se pidan en la ley para poder contraer matrimonio y que son: la presencia de los solicitantes o mandatario especial; acreditar que el hombre ha cumplido 16 años y la mujer 14; deberán manifestar de que no tienen impedimento alguno y que es su voluntad unirse en matrimonio; entregar la solicitud de matrimonio que contenga los nombres, apellidos, edad, ocupación, lugar de nacimiento y domicilio de los solicitantes, y de sus padres; copia del acta de nacimiento de los solicitantes, con una

certificación no mayor a seis meses de vigencia a partir de la solicitud; dos testigos mayores de edad por cada contrayente; un certificado suscrito por médico titulado o por una Institución Oficial que haga constar que los solicitantes no padecen enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias; mismo que tendrá una vigencia de quince días naturales contados a partir de la fecha de su expedición; y un convenio en el que exprese el régimen bajo el cual se desea contraer matrimonio., bien sea por sociedad conyugal o separación de bienes.

En caso de separación de bienes, el convenio contendrá un inventario de lo que sea propietario cada cónyuge y la relación de las deudas de cada uno.

Cuando sea por el régimen sea de sociedad conyugal deberán presentar el convenio en el que se exprese si comprenderá los bienes presentes y/o futuros o sólo parte de ellos. En caso de los bienes inmuebles, las capitulaciones deberán constar en escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad, en la que una copia del testimonio formará parte del apéndice del acta de matrimonio; señalando quien administrará la sociedad, el porcentaje del producto del trabajo que aportarán, así como si la sociedad responderá de las deudas de cada cónyuge.

La falta de alguno de los elementos de validez produce su nulidad que como ya se mencionó en párrafos anteriores, puede ser relativa que es cuando el acto jurídico es susceptible de confirmación o prescripción, o también absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie judicialmente la nulidad y no desaparece por la confirmación o prescripción.

Las causas de nulidad del matrimonio están contempladas en el artículo 4.61 del Código Sustantivo Civil, mismo que textualmente dice:

“Artículo 4.61. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en este Código;
- III. Que se haya celebrado sin las formalidades que la ley señala.”

Pese a que un matrimonio sea declarado nulo los efectos civiles continúan respecto a los hijos antes y durante el matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad, o desde la separación de los cónyuges, en su caso.

A la tramitación de la nulidad del matrimonio también deben decretarse medidas provisionales, siendo aplicables las de divorcio; en cuanto a la custodia de los hijos menores de edad, el padre y la madre del matrimonio que haya sido declarado nulo, deben proponer la forma en que se ejercerá la patria potestad, especialmente lo referente a la custodia, y en caso de desavenencia entre los progenitores respecto a la custodia de los hijos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Como ambos padres siguen teniendo exactamente las mismas obligaciones para con sus hijos, aunque el matrimonio haya sido declarado nulo, el padre que no tiene la custodia, ejerce todos sus derechos sobre sus hijos, especialmente el derecho de visita y convivencia.

3.3.5. Adoptados

La adopción es la relación entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico; generándose una relación jurídica entre ambos.

Para la adopción debe haber declaración de voluntad y la aprobación judicial, sin embargo aun cuando sea manifiesta la voluntad para adoptar a una persona, ello no basta para que legalmente exista adopción, ya que ésta, sólo puede realizarse ante autoridad judicial, y no por la mera voluntad de los adoptantes, puesto que el juez debe vigilar que éstos cumplan con los requisitos que la ley establece para que proceda la adopción, pero sobre todo debe recabar el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad del adoptado.

Los requisitos para adoptar son: que el adoptante sea mayor de veintiún años; que tenga más de diez años que el adoptado; tener medios para proveer los alimentos del adoptado, como hijo; que la adopción sea benéfica para la persona que se pretende adoptar; que el adoptante sea persona idónea para adoptar, de conformidad con el certificado de idoneidad expedido por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, con base en los estudios médico, psicológico, socioeconómico y de trabajo social.

Consecuentemente la adopción extingue la patria potestad preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco, y se siguen las reglas para los impedimentos de contraer matrimonio.

Asimismo se crean relaciones de filiación y paternidad entre el adoptante y el adoptado, por lo que tendrán los mismos derechos y obligaciones que entre padres e hijos, debido a que el adoptado se equipara a un hijo consanguíneo, lo que también incluye los impedimentos del matrimonio.

En cuanto a la custodia del menor o menores adoptados, no existe mayor problema, toda vez que estamos en presencia de que el adoptado tiene una sola persona en la que recae esa obligación, conjuntamente con la guarda y que es el adoptante.

Sin embargo también existe el supuesto de que las personas que están unidas en matrimonio o los concubinos cuando ambos estén conformes con dicho acto; en este supuesto la adopción surte los mismos efectos que para la adopción realizada por una sola persona; es decir, el adoptado se equipara al hijo consanguíneo, por ende, adquiere los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico.

Para el supuesto de que exista controversia en cuanto a la custodia de los hijos, se aplicarán las reglas del matrimonio, en razón de que en el concubinato rigen las mismas reglas del matrimonio, además de que la adopción produce los efectos de que el adoptado, adquiere todos los derechos, deberes y obligaciones como si fuera hijo consanguíneo.

Lo anterior significa que si hubiere una separación de los cónyuges o concubinos; el adoptado quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos y el otro estará obligado a colaborar con su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial, y tomando en consideración el interés superior del menor.

3.3.5.1. Adopción Simple

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado; pero los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen

por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo.

La adopción puede revocarse:

I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento;

II. Por ingratitud del adoptado, que en este la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud.

Se considera ingrato al adoptado cuando comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes; cuando el adoptado denuncia al adoptante de algún delito grave, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; y cuando el adoptado se rehúsa a dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.

La resolución que revoque la adopción por acuerdo de las partes, la deja sin efectos a partir de ese momento.

3.3.5.2. Adopción Plena

A falta de matrimonio podrán adoptar en el orden de preferencia establecido en el artículo 4.179 del Código Civil para el Estado de México, dicho precepto establece el siguiente orden.

“Artículo 4.179.- Para la adopción deberá darse preferencia conforme al orden siguiente: a matrimonios, a la mujer y al hombre que así lo acrediten jurídicamente

vivir en concubinato, a la mujer o al hombre, sin descendencia:

I. A mexiquenses cuyo domicilio se ubique dentro del territorio de la entidad,

II. A mexiquenses cuyo domicilio se ubique fuera del territorio de la entidad;

III. A mexicanos cuyo domicilio se ubique dentro del territorio nacional;

IV. A mexicanos cuyo domicilio se ubique fuera del territorio nacional;

V. A extranjeros cuyo domicilio se ubique dentro del territorio de la entidad;

VI. A extranjeros cuyo domicilio se ubique dentro del territorio nacional; y

VII. A extranjeros cuyo domicilio se ubique fuera del territorio nacional.”

En el caso de que los concubinos que así lo acrediten jurídicamente, la mujer o el hombre solteros sin descendencia; deseen adoptar, solamente podrán hacerlo respecto de mayores de cuatro años de edad en adelante, y de conformidad con el artículo transcrito.

Sólo pueden adoptarse plenamente los abandonados, expósitos o entregados a instituciones públicas o de asistencia privada legalmente reconocidas; así como

aquellos menores cuya tutela legal haya sido conferida a estas instituciones por virtud de resolución judicial, esto es en razón de que la adopción plena es irrevocable.

Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes, por tanto, extingue la filiación existente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.

3.3.5.3. Adopción Internacional

La adopción internacional es la promovida por los ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene por objeto incorporar en una familia, a un menor que no pueda encontrar una familia en su país de origen.

Esta adopción deberá realizarse conforme a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, tomando en cuenta lo dispuesto por la Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Cuando un extranjero tramita una adopción, además de acreditar su legal estancia en el país debe solicitar el permiso respectivo a la Secretaría de Gobernación, pudiendo hacer esto último por sí o a través de un representante.

Si la petición de esa autorización para realizar los trámites de la adopción puede formularla el representante, para iniciar ya dicho trámite necesariamente se requiere que los no nacionales sí se encuentren en la República mexicana, debido a que deben acreditar la legal estancia en el país con la documentación migratoria vigente, por tanto, el hecho de que un extranjero en su país de origen nombre a un mandatario para realizar el procedimiento de adopción, no lo libera de que deba encontrarse en México.

Las adopciones internacionales siempre serán plenas, pero el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México estará facultado para dar seguimiento de las condiciones físicas, educativas y emocionales del menor dado en adopción.

3.4. Suspensión y privación de la custodia

La custodia está sujeta a una suspensión que consiste en la privación temporal de tener consigo a sus hijos menores ya sea la madre o el padre.

La privación de la custodia es que en forma definitiva el padre, la madre o ambos pierden en derecho de tener consigo a sus hijos menores de edad.

La suspensión o pérdida de la custodia deviene de su fuente que es la patria potestad, para lo que entraremos al estudio de las causales de ambos supuestos.

Las causales por las que se suspende la patria potestad se establecen en el artículo 4.225 del Código Civil para el Estado de México, que textualmente dice:

“Artículo 4.225.- La patria potestad se suspende:

- I. Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;
- II. Por la declaración de ausencia;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

IV. Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.”

Interdicto es aquella persona que está incapacitada para realizar actos de la vida civil por tener una incapacidad natural como puede ser: que estén disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos, aún siendo mayores de edad; los sordomudos que no sepan leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia; las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Las personas interdictas carecen de capacidad y ésta es un requisito indispensable para ejercer la patria potestad; es decir, el progenitor debe tener la capacidad de ejercicio, pues de lo contrario el progenitor que es incapaz no puede ejercer su derecho de patria potestad.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentre una persona, se puede solicitar al Juez la declaración de ausencia; entonces “la declaración de ausencia es un procedimiento técnico jurídico, para resolver, aunque no sea en forma definitiva, numerosos problemas que surgen la desaparición de una persona, relativos a sus bienes, a los derechos de los presuntos herederos, a la situación del cónyuge, a la protección de los hijos menores y en fin, a los acreedores de la persona cuyo paradero se ignora.”⁴

En cuanto a nuestro tema de estudio tenemos que el ausente dejó a su familia y sus bienes; respecto a la situación de los hijos menores, al iniciarse el procedimiento de declaración de ausencia el Juez debe establecer diversas medidas provisionales, y los hijos menores del ausente deberán permanecer

⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit. p. 363.

bajo la custodia de los ascendientes que ejerzan la patria potestad, esto es, el cónyuge o los abuelos, según el caso; o bien quedará bajo la custodia del tutor testamentario o legítimo, si lo hubiere; y en caso de que no haya quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o legítimo, el Ministerio Público pedirá que se le nombre uno.

Si después de substanciarse el procedimiento se hace la declaración de ausencia, automáticamente se suspende el ejercicio de la patria potestad, y por ende la custodia; la que tendrá alguna de las personas que estén legalmente autorizadas para ello.

Una resolución judicial puede suspender el ejercicio de la patria potestad, y por lo tanto la custodia, y ello se da así porque el Juzgador considera que es lo más benéfico para el núcleo familiar y especialmente para los menores.

La sustracción de menor se da cuando el padre o la madre que no ejerce la patria potestad o la custodia de un menor, se apodera de su menor hijo, cuyo supuesto constituye un delito que se encuentra tipificado en el artículo 263 del Código Penal para el Estado de México que dice:

“Artículo 263.- Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querrela.”

La pérdida de la patria potestad se da cuando se actualiza algún supuesto a que se refiere el artículo 4.224 del Código Sustantivo Civil y que textualmente establece:

“Artículo 4.224.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos:

I. Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso grave;

II. Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda o custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito;

III. Cuando quienes ejerzan la patria potestad, obliguen a los menores de edad a realizar reiteradamente la mendicidad, trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación. En este caso, los menores serán enviados a los albergues de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales;

IV. Cuando quien ejerza la patria potestad, acepte ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada legalmente reconocidas, en los términos previstos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México;

V. Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas;

VI. Cuando el que la ejerza sea condenado a la pérdida de ese derecho; y

VII. Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos.

VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.”

En el caso de las fracciones I, II, III y VII se refiere a conductas realizadas por los que ejercen la patria potestad y que atentan contra el bienestar físico y mental de los menores y que demuestran la ausencia de responsabilidad moral y jurídica de los padres para con sus hijos, ya que dichas conductas son intolerables y hacen imposible una adecuada relación paterno filial.

Las fracciones V y VIII se relaciona con la responsabilidad de formar a un menor de edad; ya que si los menores fueron abandonados por sus padres es incuestionable que hay un desinterés por cumplir con el objetivo de la patria potestad y que al no tener su custodia no se cumple con el deber que tienen de cuidarlos y formar personas dignas y útiles para la sociedad.

Cuando un progenitor es condenado a la pérdida de la patria potestad (fracción VI), dicha sanción fue impuesta porque el progenitor resulta nocivo para el menor.

3.5. Regulación del incumplimiento del régimen de visitas y convivencias con los menores en el Código Civil para el Estado de México

Los asuntos inherentes a la familia se consideran de orden público, esto es que el Estado pone una atención muy especial al respecto, porque la sociedad está interesada en que los menores se desarrollen correctamente, por ser la familia la base de la integración de la sociedad.

De ahí que sea al estado a quien le corresponde crear, modificar, extinguir y aplicar las normas relativas a salvaguardar la integridad y el bienestar de los menores, con lo que se atiende sin duda al interés superior de la niñez que también está regulado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño, rigiéndose bajo el principio de preponderar el bienestar de los menores, respecto de cualquier interés que pudiera tener alguno de los padres.

En la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada el 20 de noviembre de 1959, dispone en el principio 2 lo conducente a los beneficios que debe tener un niño y que toda normatividad relacionada con éste, deberá ser emitida procurando su bienestar, principio que dice:

“Principio 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la

consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En la Convención de los Derechos del Niño que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49, así como en sus artículos 2, 3 y 4 se contempla que los estados parte deben de tomar las medidas necesarias tanto en el ámbito judicial como en el administrativo con el fin de salvaguardar la integridad de los menores, preceptos que literalmente establecen lo siguiente:

“Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

“Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Por tanto, el interés superior es una garantía que los niños tienen, con la que se pretende que los menores tengan un desarrollo integral y una vida digna a través de un conjunto de acciones y procesos con los que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren, estando obligadas las autoridades a emitir las normas conducentes para proporcionarles las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

Dentro de las medidas que debe considerar las instituciones judiciales como administrativas para preservar los derechos de los niños tenemos las siguientes:

- a).- Emitir normas jurídicas que reconozcan el carácter integral de los derechos de los niños.
- b).- Dar prioridad a los derechos de los niños y niñas en las políticas públicas.
- c).- Hacer que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- d).- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos.

El Estado mexicano se comprometió a otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, adoptando las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de los niños, como uno de los principios rectores que sustentan la nueva doctrina integral de protección de la niñez.

De ahí que mediante este decreto se reformó el sexto párrafo del artículo 4o. de la Constitución General de la República y se estableció el deber del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, párrafo que en lo conducente dice:

“Artículo 4º. El varón y la mujer son iguales ante la ley.
Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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

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

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

En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se advierte la intención del legislador de colmar una imperativa urgencia de certeza y seguridad en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de proporcionarles un desarrollo pleno e integral que les genere la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, estableciéndose en el artículo 3 de dicha legislación, los principios rectores de la protección de sus derechos, entre los que destacan, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Por tanto, siguiendo los principios rectores de las legislaciones antes citadas, en la nuestra se ordena a los juzgadores que en todo juicio del orden familiar en el que estén inmiscuidos menores de edad deberá resolver siempre atendiendo al interés superior de aquéllos, respetando sus garantías constitucionales de audiencia y legítima defensa, así como de sus derechos procesales, otorgándole a dichos funcionarios amplias facultades para proveer aún de oficio las medidas necesarias que se requieran para que en el proceso en que estén involucrados menores se salvaguarde su integridad física y psicológica.

Así también, en todos los asuntos de orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho y el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo

sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Ahora bien, si es el Estado quien tiene la obligación de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos; como ya se dijo en párrafos anteriores tiene que proporcionar y tomar las medidas y facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de los niños; y esto lo hace a través de la implementación de programas que favorezcan la socialización e integración eficaces de los menores, desde luego, comenzando con la familia.

Recordemos que la custodia de menores es tenerlos consigo y que ello también conlleva la protección y tomar las medidas necesarias para su bienestar y correcto desarrollo; la custodia es ejercida por ambos padres cuando estos viven juntos, sin embargo, cuando los padres de los menores que vivían juntos toman la decisión de separarse y acuden ante el órgano jurisdiccional, una de las medidas que toma el juez es determinar cuál de los padres tendrá la custodia de los hijos, como consecuencia de ello en un procedimiento la custodia tiene dos etapas que son la provisional y la definitiva.

La custodia provisional es la que decreta el juez de lo familiar al inicio del procedimiento bien sea de divorcio necesario o de guarda y custodia, y esto es así, únicamente en lo que se aportan las pruebas para que se determine qué padre es el más conveniente para tener la custodia de los hijos, pero el juzgador con las amplias facultades que la ley le otorga y si así lo considerare necesario para tener más elementos al momento de emitir la resolución que corresponda, puede disponer que se realice nuevamente una prueba u ordenar la práctica de algún estudio aunque no haya sido ofrecido por ninguna de las partes, lo que se robustece con la siguiente tesis:

“GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LOS JUZGADORES ESTÁN OBLIGADOS A CONSTATAR QUE NO EXISTA OBSTÁCULO QUE IMPIDA OBJETIVA Y LEGALMENTE OTORGARLA A ALGUNO DE SUS PROGENITORES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Ciertamente el artículo 4.228, fracción II, inciso a), del actual Código Civil para el Estado de México estatuye en forma evidente que los menores de diez años deben quedar al cuidado de la madre; no obstante, la referida disposición establece como salvedad que ello fuere perjudicial para el menor. Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño. Así, las autoridades de instancia están obligadas a observar que se acate esa normatividad, para lo cual deben ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, según lo autoriza el artículo 1.261 de la actual legislación procesal civil de esta entidad federativa, con el propósito de determinar que no exista obstáculo que impida otorgar a alguno de los progenitores dicha guarda, esto es, que de acuerdo con el conjunto de probanzas que sean recabadas se tenga plena convicción para determinar quién, ya sea el padre o la madre, es el idóneo al respecto, razonándose con objetividad y de manera justa el porqué la conducta de la persona a quien se entregue el cuidado del infante no le resultará nociva, ni contraria a su formación, educación e integración socio-afectiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

II.2o.C.489 C

Amparo directo 726/2004. 3 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXI, Enero de 2005. Pág. 1777. Tesis Aislada.”

Una vez recabadas las pruebas se pasa a sentencia y se decreta la custodia “definitiva” para uno de los padres, misma que puede ser a cargo del padre que se le otorgó en forma provisional o bien a quien no la tenía; se considera que denominar que la custodia es definitiva, resulta incorrecto, debido a que como ya se mencionó en asuntos de índole familiar las sentencias no son definitivas por estar sujetas a modificación cuando las circunstancias que motivaron la emisión de esa resolución hayan cambiado.

Ahora bien para el padre que no cuenta con la custodia de los hijos le asiste el derecho de convivir conforme a los artículos 4.205 del Código Civil para el estado de México, 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño; además del siguiente criterio federal:

“CONVIVENCIA FAMILIAR. EN LAS SENTENCIAS QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO O DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PRONUNCIARSE, AUN DE OFICIO, RESPECTO A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

De conformidad con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los diversos artículos 416 y 417 del mismo ordenamiento legal, en las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de

menores, el Juez de primer grado o, en caso de omisión, el tribunal de apelación, tienen la obligación de pronunciarse, aun de oficio, respecto del régimen de convivencia de los menores hijos con el progenitor que se encuentra separado de ellos, debiendo tener en cuenta para ello el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de los padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el o los menores.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.11o.C.96 C

Amparo directo 698/2003. 24 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretaria: Alicia Avendaño Santos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XIX, Abril de 2004. Pág. 1407. Tesis Aislada.”

Es importante que los menores pese a que sus progenitores se encuentran separados, convivan con ambos porque es un derecho que tienen los hijos y los padres; el relacionarse y convivir a lado de sus padres los orienta y se les atienden sus necesidades más elementales, como lo son cuidados y consejos adecuados; por lo que tener a los dos padres cerca les permitirá a los menores crear las referencias que corresponden a cada uno de sus padres, así como crecer en el seno de una familia y a mantener contacto directo con ellos, siempre tomando en cuenta los sentimientos y las necesidades de los niños que están sobre los problemas que en su caso hayan tenido sus padres como

pareja, pero siempre los hijos deben contar con la presencia permanente y vinculativa de ambos padres en su vida cotidiana.

El régimen de visitas puede establecerse bien sea por convenio o por disposición del juez, cuya resolución deberá contener los días, la forma y horarios en que el padre que carece de la custodia podrá convivir con sus hijos, dicho régimen debe ser respetado por ambos padres, pues de lo contrario perjudicarían al menor y se atentaría con su integridad.

Sin embargo, estas convivencias pueden verse afectadas cuando los padres soslayan el bienestar de sus hijos menores de edad y únicamente ven por sus intereses personales, en los que usan a sus hijos como medio para llegar a sus objetivos, así tenemos que puede haber dos supuestos; el primero es que el padre que tiene a su favor la custodia de los hijos entorpezca las convivencias que le asisten al otro progenitor; y el segundo es que el padre que tenga a su favor decretado un régimen de visitas no asista a las mismas.

Lo anterior que indudablemente afecta a los menores tanto emocional como psicológicamente, y se ven afectados en su desarrollo armónico, provocando un desequilibrio en la vida de los menores, pues con ello también se incumple con la guarda dejando de lado las obligaciones de crianza.

Pese a que si bien es cierto que los hijos convivan con sus padres, también resulta importante que se desenvuelvan en un ambiente donde puedan crecer sanos, desarrollar su intelecto y en general para que emocionalmente sean personas productivas y de bien para nuestra sociedad; por ello, es necesario que se tomen las medidas pertinentes para evitar que los padres incumplan con la convivencia de sus hijos o abusen de la custodia que les fue otorgada, lo que sin duda alguna atenta en contra del interés superior del menor y provocando un menoscabo en su desarrollo.

Siendo necesario se emita una normatividad que sancione el incumplimiento de la resolución de un juez por lo que respecta a la custodia y al régimen de visitas, debiéndose adicionar un precepto legal al Código Civil para el Estado de México, pues deben emitirse normas tendientes a preservar el interés superior del menor, ya que de lo contrario las disposiciones contenidas en el citado ordenamiento legal, únicamente satisfecerían los objetivos e intereses de los padres, más no así del menor; por lo que se propone que en el Libro Cuarto Del Derecho Familiar, Título Séptimo De la Patria Potestad, Capítulo III De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad aparezca un nuevo artículo que le correspondería el 4.229, en el que contemple que aquél padre que a su favor se haya decretado la guarda y custodia llegare a entorpecer la convivencia con el que no tiene decretada la custodia, éste podrá solicitar el cambio de la custodia. Para el caso de que el progenitor que no asista con causa justificada a más de tres citas de convivencia con sus hijos será motivo para que le sean suspendidas, ambos supuestos tienen el objeto de salvaguardar el interés superior de los menores para que tengan un buen desarrollo psicoemocional, lo que sin duda alguna se verá reflejado en su interactuar en la vida cotidiana.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia se origina de lazos afectivos y se integra por diversos miembros, los cuales tienen entre sí derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- La institución de la familia es el núcleo de la sociedad, y el Estado siempre ha velado para que entre sus integrantes exista una buena relación, por ello todo lo que le concierne es de orden público e interés social.

TERCERA.- La filiación tiene relevancia en la familia por las responsabilidades que se generan, originadas del hecho de la procreación, ya que los hijos requieren de atención desde su nacimiento hasta su debido desarrollo, es decir, es la relación que existe entre padres e hijos.

CUARTA.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos, que está encaminada al resguardo y cuidados de los menores de edad; siendo de interés social, ya que el buen desempeño de los sujetos que intervienen, da como resultado un funcionamiento familiar y correcta formación de los hijos, lo que se refleja en el ámbito social, dado que uno de los fines de la patria potestad es la materialización de los derechos e intereses de los menores, más no así los de quienes la ejercen.

QUINTA.- Entre las personas los sentimientos que un día fueron razón de unión, en ocasiones con el tiempo por diversas circunstancias se ven afectados, y los hijos son objeto de disputa.

SEXTA.- Con el fin de que los menores no sean objeto de vejaciones, los derechos de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la patria potestad, con el tiempo han sido limitados y se ha reconocido la calidad humana de quienes se encuentran sujetos a dicha institución.

SÉPTIMA.- Guarda es el conjunto de obligaciones de crianza que los progenitores tienen para procurar una seguridad psicológica, física y sexual, proporcionar los cuidados necesarios para que tengan un buen desempeño en su educación, gocen de buena salud, vigilarlos y en caso de ser necesario apliquen correctivos, así como de allegarlos de todo lo indispensable para su bienestar y sano desarrollo; la custodia es la tenencia material de los menores. Siendo necesario que en nuestro ordenamiento legal civil se haga distinción entre custodia y guarda.

OCTAVA.- Los menores de edad dentro de la sociedad son un grupo vulnerable, que siempre está expuesto a abusos por parte de quienes deberían protegerlos, por ello los legisladores han tenido que emitir normas encaminadas a establecer sus derechos y que los mismos sean respetados.

NOVENA.- Para que se dé el debido cumplimiento a los derechos que asisten a la niñez, el Estado debe ser más estricto en el cumplimiento de las normas tendientes a preservar el interés superior de los menores; ya que cuando entre los padres se originan conflictos, éstos anteponen sus intereses a los de sus hijos, siendo necesario el establecimiento de sanciones a los padres que incurran en conductas que afecten el bienestar de los menores.

DÉCIMA.- En todo proceso en que se vean involucrados los intereses de los menores de edad, el juzgador debe allegarse de los medios de convicción que considere necesarios para resolver con base al interés superior de los niños, siendo importante cuando se vaya a determinar respecto de su custodia, se les tome opinión.

DÉCIMO PRIMERA.- La guarda, custodia y derecho de convivencia son elementos que los padres deben cumplir, pues en ellos se especifican los tiempos y formas en que se desarrolla el interactuar entre padres e hijos.

DÉCIMA SEGUNDA.- Los padres, pese a que existe un mandato judicial, respecto a la guarda y custodia, así como el establecimiento del régimen de visitas y convivencias que les asisten con sus hijos, entorpecen lo ordenado por el Juzgador, y anteponen su interés personal al de los menores, sin importar la afectación que ello pudiera tener en el desarrollo de estos últimos.

DÉCIMO TERCERA.- Para nuestro sistema jurídico debe ser prioridad regular todo aquello que ayude al desarrollo social y garantice el respeto de los derechos de los niños, prevaleciendo su interés y bienestar ante cualquier otro, incluso el de sus padres. Por lo que se sugiere que en el Código Civil para el Estado de México se agregue un precepto en el que se establezca que se podrá cambiar la custodia decretada y suspender la convivencias ordenadas, cuando los padres incumplan o entorpezcan su realización, con el propósito de salvaguardar la seguridad física y emocional de los menores.

FUENTES CONSULTADAS

Doctrina

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al., Derecho de Familia y Sucesiones, Harla, México, 1990.

BARBERO, Domenico, Sistema de Derecho Privado, "Derechos de la Personalidad, Derecho de Familia-Derechos Reales", Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América, Argentina, 1967.

BONNECASE, Julián, Elementos de Derecho Civil, Traducción de José M. Cajica J.R.T.I., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

BRANCA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Porrúa, México, 1978.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, Porrúa, México, 1985.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, cuarta edición, Porrúa, México, 1997.

D' ANTONIO, Daniel Hugo, Patria Potestad, Astrea, Argentina, 1976.

D' ORS J.A., Derecho Privado Romano, Universidad de Navarra, España, 1989.

FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, segunda edición, Porrúa, México, 1978.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas-Familia, décima cuarta edición, Porrúa, México, 1995.

GONZÁLEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, séptima edición, Trillas, México, 1990.

IBARROLA, Antonio de, Derecho de Familia y Sucesiones, Porrúa, México, 1995.

LEMUS GARCÍA, Raúl, Compendio de Derecho Romano, cuarta edición, Limsa, México, 1979.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Argentina, 1984.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo III, Porrúa, México, 1998.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, tercera edición, Porrúa, México, 1987.

MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho Civil, Vigésima segunda edición, Porrúa, México, 1977.

MUÑOZ, Luis, Derecho Civil Mexicano. Introducción, Parte General, Derecho de Familia, Modelo, México, 1971.

OROPEZA A., Dioclesiano, Derecho Romano I, UNAM-ENEP ARAGÓN, México, 1985.

PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, Derecho Romano I, Mc Graw Hill, México, 1996.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, décima sexta edición, Porrúa, México, 1982.

PINA, Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia, Tomo I, séptima edición, Porrúa, México, 1975.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, novena edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.

PLANIOL, Marcel, et. al., Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio, vol. II, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, décima octava edición, Porrúa, México, 1982.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Porrúa, México, 1979.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, España, 1921.

VERDUGO, Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, Tomo II, segunda edición, Imprenta de Derecho, México, 1980.

WENDKOS OLDS, Sally Diane, Desarrollo Humano, segunda edición, Mc Graw Hill, México, 1985.

ZONNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, Astrea, Argentina, 1978.

Enciclopedia

WENDKOS OLDS, Sally Diane, El Mundo del niño, Tomo I, II, III, Mc Graw Hill, México, 1987.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Declaración de los Derechos de las Niñas y de los Niños

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Ley de Amparo

Código Civil para el Estado de México

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Estado De México

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Jurisprudencia

Ius 2007