



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"FES ARAGÓN"
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA REGULACIÓN EFICAZ DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SUJETO
A LA PATRIA POTESTAD QUE DEBE
CONTEMPLARSE EN LA LEGISLACIÓN
CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE :
MAESTRÍA EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALEJANDRO ROJEL MARTÍNEZ

ASESOR:
MTRO. HÉCTOR GONZÁLEZ ROMERO



MÉXICO

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

	Página
DEDICATORIAS	I
PRÓLOGO	IV
INTRODUCCIÓN	VI
MARCO DE REFERENCIA	X

CAPÍTULO PRIMERO RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD EN LA PATRIA POTESTAD

1.1	En Roma	1
1.2	En Francia	7
1.3	En España	10
1.4	En México	13
	1.4.1 En el Código Civil de 1870	17
	1.4.2 En el Código Civil de 1884	20
	1.4.3 En el Código Civil de 1928	23
1.5	Reflexiones finales	25

CAPÍTULO SEGUNDO ASPECTOS GENERALES

2.1	Concepto de patria potestad	28
	2.1.1 Características	37
	2.1.2 Naturaleza jurídica	43
2.2	Análisis del concepto de patria potestad	46
2.3	El interés superior del menor de edad contemplado en la patria potestad	49
	2.3.1 Efectos de la patria potestad contrarios al interés superior del menor de edad	55

CAPÍTULO TERCERO
LA PATRIA POTESTAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE
EDAD EN EL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL Y
NACIONAL

3.1 La patria potestad e interés superior del menor de edad en el derecho internacional	62
3.1.1 En España	63
3.1.2 En Argentina	67
3.1.3 En Chile	71
3.1.4 En Bolivia	76
3.1.5 En Cuba	83
3.2 La patria potestad e interés superior del menor de edad en la legislación civil mexicana	87
3.2.1 En el Código Civil del Estado de México	87
3.2.2 En el Código Civil del Distrito Federal	91
3.2.3 En el Código Familiar del Estado de Hidalgo	95
3.2.4 En el Código Familiar del Estado de Morelos	99
3.2.5 En el Código Familiar del Estado de Zacatecas	104

CAPÍTULO CUARTO
LA NORMATIVIDAD JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR DE EDAD EN LA PATRIA POTESTAD

4.1 El interés superior del menor de edad	110
4.1.1 Fundamento	111
4.1.2 Fines	120
4.2. La protección del Estado al interés superior del menor de edad	123
4.2.1 La corresponsabilidad del Estado con quienes ejercen la patria potestad	125
4.2.2 La función del Juez	128
4.3 Actual ordenamiento civil que regula el interés superior del menor de edad contemplado en la patria potestad	133
4.3.1 La protección del interés superior del menor de edad en la legislación civil	136
4.3.2 Dificultades para proteger debidamente el interés superior del menor de edad en la legislación civil	138
4.4 Derechos de los menores	144
4.4.1 Alternativas de protección del interés superior	

del menor de edad en la legislación civil del Estado
de México 147

PROPUESTA	150
CONCLUSIONES	153
GLOSARIO	159
BIBLIOGRAFÍA	163

DEDICATORIAS

Les manifiesto mis agradecimientos:

*A mis padres Aurelio Javier Rojel Ramírez y
Teresita Martínez Pérez*

*Por el interés que siempre han tenido para que
me supere académicamente.*

A mis hermanos

Porque me motivaron a seguir estudiando.

A mi novia Araceli Garcíacano Sánchez

Porque tuvo la ilusión en que cursara mi maestría.

A mi tutor, el maestro Héctor González Romero

Porque sin su paciencia y dirección no hubiera sido posible haber terminado la presente investigación.

A los Doctores y maestro

*Elisa Palomino Ángeles;
Luis Vicente Guerra;
Miguel Ángel Medina Méndez; y
Raúl Aarón Romero Ortega.*

Por sus valiosos comentarios que enriquecieron mi tesis.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón

Por darme la oportunidad nuevamente de ser alumno dentro de sus aulas.

Al Conacyt

*Por la beca que recibí durante el tiempo que cursé
mi maestría.*

A la UNAM

*Por el estímulo económico que me otorgaron para
que concluyera mi tesis.*

A TODO MENOR DE EDAD

Porque un día lo fuimos todos.

PRÓLOGO

La razón lleva a pensar que todo niño tenga padres que ejerzan correctamente los deberes que emanan de la patria potestad, esto es, tenerlo bajo su guarda, educarlo lo mejor posible, alimentarlo etc.; en otras palabras darle una protección integral. Sin embargo existen diversas causas que impiden que esto suceda, ya sea que los padres no quieran, no puedan o tengan intereses en contrario con sus propios hijos, lo que origina que al niño se le desproteja, ante lo cual el Estado no puede permanecer pasivo, éste debe ser el garante a través del aparato judicial de proteger al menor de edad cuando sus derechos emanados de la patria potestad sean susceptibles de sufrir algún detrimento provocado por sus padres.

Existen en mi opinión diversas causas por las cuales al menor de edad no se le protegen adecuadamente sus derechos; en primer termino es de comentar la que se da por parte de quienes ejercen la patria potestad de éstos, presentándose cuando el menor de edad se encuentra dentro de un núcleo familiar desintegrado, en donde sus derechos más elementales no interesan, existiendo una desobligación total o parcial de los referidos derechos por quienes ejercen la patria potestad; por otro lado también es importante señalar la desprotección de los derechos del menor de edad por parte del aparato judicial del Estado, al no proveer jurídicamente lo necesario en forma pronta, rápida y expedita para proteger integralmente los derechos del menor de edad, cuando quienes detentan su patria potestad se encuentran atravesando conflictos jurídicos ante Tribunales que tengan relación con él, en virtud de no contar con disposiciones legales a nivel local eficaces que se lo permitan.

En este orden de ideas, es inatendible que existan todavía preceptos legales que consideren al menor de edad como sujeto de protección por parte de quienes ejercen la patria potestad de ellos y no de derechos; así como el que no esté conceptualizada la institución jurídica de la patria potestad y mucho menos la del interés superior del menor de edad, que de existir esta regulación se tendrían

claramente entendido que el derecho de los padres sobre sus hijos consiste o se ejerce en cumplir eficientemente los deberes que emanen de la patria potestad, para considerar entonces al menor de edad sujeto de derechos precisamente de todos los que provengan de la institución jurídica de la patria potestad de los cuales los padres o quien detente la misma tiene el deber de cumplir, en caso contrario el Estado a través de su aparato judicial debiera ser el protector de los derechos del menor de edad.

Es claro que no debe considerarse una intromisión del Estado al derecho filial de los padres que tienen respecto de sus hijos, únicamente deben ser vigilantes y protectores cuando claramente se les esté vulnerando sus derechos por parte de quien en principio deben de protegerlos.

La percepción de desprotección del menor de edad que se percibe en los asuntos judiciales en que éste interviene ante Tribunales Familiares en el Estado de México, es lo que provocó que abordara el tema que en el presente trabajo realizaré. Se puede dar protección eficaz al menor de edad protegiéndole sus derechos siempre y cuando la autoridad judicial tenga disposiciones legales que le permitan hacerlo, de esta manera se logrará que el menor de edad mexiquense goce plenamente sus derechos consagrados en el Código Civil del Estado de México en armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales, leyes federales y locales.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación realizo un estudio sobre la protección que se le da al interés superior del menor de edad dentro de la institución jurídica de la patria potestad en la legislación civil del Estado de México, para efecto de entender el cambio de contexto legal que se está presentando en la relación paterno filial en la actualidad, dejando atrás la concepción de un poder que ejerce el padre hacia los hijos o quien detente legalmente el mismo; pretendo en este estudio dar una conceptualización que refleje claramente la forma como debe entender a la patria potestad y el interés superior del menor de edad la autoridad judicial cuando se diriman controversias legales e intervengan menores de edad.

En el capítulo primero al referirme a la historia que ha tenido la patria potestad establezco la manera como era regulada la relación paterno filial con sus descendientes, quedando evidenciado que los menores de edad no gozaban de un derecho autónomo que los protegiera de quien ejercía la patria potestad de ellos, lo que hoy conocemos como interés superior del menor de edad; lo que provocó que el poder del padre al ejercer este derecho fuese desmedido con escasas limitaciones; por tal situación los menores de edad sufrieron innumerables vejaciones como el ser considerados esclavos e incluso la muerte si tenían algún defecto físico

En este entendido, se apreciara que en el transcurso de la historia en culturas como la griega y romana se dieron algún tipo de protección del menor de edad, como la de recibir educación sin que signifique que gozaban de derecho alguno, lo único que la autoridad o quien ejercía el control social buscaba era el conocer a través de las letras el respeto a la ley.

La historia también nos enseña que en la patria potestad el padre hacia sus hijos tiene un poder omnipotente en el cual el menor de edad no es un sujeto de

derechos sino de protección de acuerdo a lo que más le pudiera favorecer al interés del padre; es por estos argumentos que la regulación jurídica del menor de edad como sujeto de derechos es escasa.

En este entendido también se precisa que los antecedentes más próximos a la protección del interés superior del menor de edad sujeto a patria potestad se puede situar en décadas recientes en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, con su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, la cual fue publicada en México en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, que proclama la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento.

Posteriormente en el segundo capítulo realizó un marco conceptual con el propósito de definir detalladamente que se debe entender por patria potestad e interés superior del menor de edad, en razón que del contenido de los mismos se podrá concluir si la redacción que se encuentra actualmente en la legislación civil del Estado de México de estas figuras legales están acorde con el momento jurídico actual que se vive.

En este orden de ideas, al hablar de la patria potestad se deberá entender como un derecho natural de los padres respecto de los hijos que no podrá ser ejercido en forma arbitraria, en donde el Estado a través de su aparato judicial intervendrá para regular y proteger debidamente los deberes y derechos que resulten de la referida institución legal.

En el tercer capítulo se analizarán las legislaciones civiles a nivel internacional de España, Argentina, Chile, Bolivia y Cuba y a nivel nacional el Código Civil del

Distrito Federal, Código Familiar del Estado de Hidalgo, del Estado de Morelos y del Estado de Zacatecas, para confrontarlas con el Código Civil del Estado de México, estableciendo diferencias y similitudes en cuanto a la forma en que se contempla a la patria potestad y la manera en que la autoridad judicial protege el interés superior del menor de edad cuando quienes ejercen la patria potestad contiendan en un proceso judicial e intervenga un menor de edad.

Esto se realiza con el propósito de establecer que con otras legislaciones civiles y familiares internacionales y nacionales, la legislación civil del Estado de México carece de preceptos legales adecuados para dar una protección integral al interés superior del menor de edad contemplado en la patria potestad, lo que provoca que al infante sujeto de derechos se le desproteja al carecer de un ordenamiento legal eficaz que proporcione los lineamientos a seguir por parte del Juez para protegerlo debidamente.

Ahora bien en el cuarto capítulo me refiero a la normatividad jurídica actual en el Estado de México que contempla el interés superior del menor de edad que se encuentra en la patria potestad, denotando la carencia de preceptos legales civiles de los cuales se apoye la autoridad judicial para efecto de proteger debidamente los derechos de los menores; lo que provoca que la autoridad judicial al tener conocimiento de un asunto legal donde intervenga un menor de edad no lo atienda de manera íntegra y sólo parcialmente, actuando muchas veces de manera discrecionalmente al tomar decisiones respecto al referido interés del menor de edad; es por ello que enfatizo que debe existir una normatividad civil adecuada que proteja al menor de edad para ser congruente con nuestra propia Constitución, el tratado firmado por nuestro país, conocido como Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con leyes federales y locales.

En este sentido, propongo una modificación a nuestro actual Código Civil en el Estado de México donde se incluyan diversos preceptos legales en el Título

Séptimo Capítulo I que definan claramente a la patria potestad y el interés superior del menor de edad así como la forma en que la autoridad judicial debe protegerle eficazmente sus derechos.

MARCO DE REFERENCIA

A) NOMBRE DE LA INVESTIGACIÓN:

“LA REGULACIÓN EFICAZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SUJETO A LA PATRIA POTESTAD QUE DEBE CONTEMPLARSE EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”

B) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente trabajo recepcional tiene como finalidad resaltar que en la legislación civil del Estado de México no está protegido eficazmente el interés superior del menor de edad en procesos judiciales en que interviene, por causa de no tener una conceptualización que exprese primeramente que debe entenderse por patria potestad y por ende el referido interés superior del menor, en donde indique a quienes corresponde protegerlo de acuerdo a lo que más beneficie a éste, con el único fin de reconocer que al menor de edad hoy en día es sujeto de derechos.

C) PREGUNTA DE LA INVESTIGACIÓN

1. ¿Se protege en la legislación civil del Estado de México eficazmente en la patria potestad el interés superior del menor de edad en los procesos judiciales en que interviene éste?

D) JUSTIFICACIÓN

Es importante hoy en día que la actual legislación civil en el Estado de México contemple lo pugnado por nuestra Constitución, tratados internacionales, leyes federales y locales concernientes a la protección eficaz de los intereses del menor de edad sujeto a la patria potestad, en virtud de que carece de disposiciones legales que lo hagan en perjuicio del menor de edad, al no conceptualizarse a la

patria potestad como la institución jurídica de la cual emanan derechos y deberes que tienen los padres respecto de sus hijos, en donde el interés superior del menor de edad debe de ser protegido inicialmente por los padres o quien detente la patria potestad y por causas de excepción debe ser el Estado a través de su aparato judicial el encargado de hacerlo cuando menores de edad intervengan en procesos judiciales, con ello se justificará que el menor de edad debe ser considerado sujeto de derechos.

E) UTILIDAD PRÁCTICA

Lograr que al menor de edad en los procesos judiciales en que intervenga se le proteja en forma pronta, rápida y expedita por parte de la autoridad judicial al reconocerle que es sujeto de derechos y que éstos tienen preferencia respecto del de sus padres o quienes estén ejerciendo su patria potestad; logrando preponderar con ello el interés superior del menor de edad.

F) OBJETIVO GENERAL.

El garantizar en el Código Civil del Estado de México que en la patria potestad el interés superior del menor de edad quede eficazmente protegido en los procesos jurídicos familiares en que intervenga por parte de la autoridad judicial.

G) OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar las normas sustantivas y adjetivas vigentes que tratan a la patria potestad y el interés superior del menor de edad.

2. Verificar de que manera la autoridad judicial protege el interés superior del menor de edad en los procesos judiciales que éste interviene.

3. Confirmar si las normas vigentes en el Código Civil del Estado de México referente a la patria potestad y por ende del interés superior del menor de edad son eficaces para darle una debida protección integral a los menores de edad.

4. Determinar a partir de la conceptualización de la patria potestad e interés superior del menor de edad, a quien corresponde proteger los derechos de los menores cuando intervengan en un proceso judicial.

5. Analizar y determinar la forma en que la autoridad judicial protegera el interés superior del menor de edad en los procesos judiciales en que intervengan éstos.

H) MÉTODOS UTILIZADOS

1.- Deductivo, toda vez que considerare una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales en la presente investigación.

2.- Analógico o comparativo, comparare hechos o supuestos jurídicos por sus semejanzas y diferencias para ir de lo conocido a lo desconocido, a nivel internacional como nacional.

3. Históricos, es importante para saber la cronología de hechos o normas, toda vez que en el campo del derecho, el conocimiento pleno de las instituciones jurídicas sólo es posible si consideramos su evolución histórica.

4.- Dialéctico, toda vez que se confrontaran ideas a través de la exposición de tesis y el surgimiento de antítesis o tesis contrarias para efecto de llegar a la síntesis.

5.- Hermenéuticos, se interpretaran textos legales a efecto de darle un sentido coherente a la presente investigación.

I) TÉCNICAS UTILIZADAS

1.- Bibliográfica, importante para llegar a las fuentes del saber humano, se utilizarán textos que hablen sobre el tema a tratar en la presente investigación.

2.- De investigación legislativa, toda vez que utilizaré leyes referentes al tema planteado a nivel internacional como nacional para establecer semejanzas y diferencias.

3.- De investigación jurisprudencial, en virtud de que considerare tesis jurisprudenciales en la presente investigación con la finalidad de analizar criterios realizados por autoridades federales.

CAPÍTULO PRIMERO
RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD EN
LA PATRIA POTESTAD

En este capítulo se analizará la evolución que ha tenido la figura legal de la patria potestad en diferentes culturas y países, lo que permitirá establecer que el menor de edad en épocas pasadas no gozaba de derechos que lo protegieran en contra de quien ejercía la patria potestad de él, lo que originó a través de la historia que los menores de edad fueran mínimamente protegidos, llegando en algunos casos a ser considerados esclavos y en épocas recientes como sujetos de protección más no de derechos, lo que deja al menor desprotegido y a merced de arbitrariedades de quien o quienes ejercen su patria potestad; es por ello importante también referirme a la época en que surgió a nivel internacional lo que hoy se conoce como interés superior del menor de edad que se contempló en la patria potestad, que tuvo la finalidad de proteger integralmente al menor de edad, no obstante se reguló de manera imprecisa en nuestra nación en diferentes legislaciones familiares y civiles, siendo el Código Civil del Estado de México una de ellas.

1.1 EN ROMA

Para referirnos al tema de la patria potestad, es necesario conocer la evolución que tuvo esta institución legal en virtud que en ella se observa la protección, cuidado y guarda del menor de edad por parte de quien ejercía éste derecho paternofilial; lo que ayudará a comprender la forma en que fueron adquiriendo derechos de protección los menores a través del tiempo. El legado que deja Roma al tratar la patria potestad es un punto de referencia en razón que nuestras leyes están influenciadas por esta cultura.

El autor Eugene Petit señala,

“El derecho Romano debe ser estudiado como un modelo. En los monumentos que nosotros poseemos no se incluyen solamente leyes, sino también, y sobre todo, las aplicaciones que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y deducción.”¹

¹ EUGÉNE Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, 9a. ed. México, 1997, p.17.

Roma transmite su mejor aportación al derecho moderno al regular principios rectores del derecho e instituciones jurídicas, que hasta hoy en día son contempladas en nuestras legislaciones civiles como familiares, como es el caso de la patria potestad. Es importante mencionar que el Derecho Romano se le asignó un carácter objetivo y subjetivo; el primero de ellos debe ser entendido como el orden jurídico impuesto de manera coactiva al hombre para regir su vida en sociedad; por su parte el segundo, es la facultad que nace de ese orden jurídico cuya finalidad es proteger la persona, familia y bienes, donde se elaboró la teoría de las personas, atendiendo de esa forma su estado, capacidad y relación con los demás miembros de la familia, lo que trajo como consecuencia la clasificación de las personas, según estuvieran o no sujetos a la patria potestad paterna.

El autor Floris Margadants S. Guillermo señala:

“ El término *ius* se emplea en dos sentidos distintos: a) En sentido objetivo, como conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio las relaciones sociales (por ejemplo *ius romanum*); b) en sentido subjetivo, como facultad que un individuo extrae del derecho objetivo. En este caso, se encuentran también términos como facultas o potestas.”²

En Roma, la patria potestad estaba a cargo del padre de familia sobre sus descendientes, tanto el padre como los hijos tenían que ser ciudadanos romanos, en esta etapa histórica se le da una importancia al interés del paterfamilias que a la protección de los hijos.

El autor Eugene Petit señala: “...esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo y que ejercía al mismo tiempo sobre la persona, sobre los bienes de los hijos.”³

En la época clásica, la potestad se ejercía en cuatro formas distintas, el autor antes citado señala: “...1. La autoridad del señor sobre el esclavo, 2.- La

² FLORIS Margadant S. Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, Ed. Esfinge, 4a. Ed. México, 1970, p. 98.

³ EUGÈNE Petit, *op.cit.* p. 101.

patria potestas(sic), autoridad paternal. 3.- La manus, autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada, 4.- El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre.”⁴

Respecto de esta clasificación que se presenta, la segunda es aquella que se constituyó con el poder absoluto del jefe de familia sobre sus hijos, aplicando penas rigurosas, teniendo el poder de vida y de muerte sobre los mismos, incluso emanciparlos o darlos a un tercero y abandonarlos.

En la familia romana existía por tal causa una autoridad o jefe único y era la suprema autoridad; la mujer tendrá la condición legal a la de una hija, y los descendientes quedarán sometidos a la autoridad paterna.

La familia así entendida estaba caracterizada por el rasgo netamente patriarcal, al respecto El autor Chávez Asencio Manuel F. señala:

“...la soberanía del padre o del abuelo paterno era irrestricta ya que eran considerados como dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad. Todas sus adquisiciones y la de los miembros de su familia se concentraban en un patrimonio único sobre el cual ejerce durante toda su vida los derechos de propietario, también funge como sacerdote doméstico.”⁵

La familia romana tenía como característica principal su regulación patriarcal que no conocía límites ni respondía de su ejercicio ante la familia ni ante el estado; situación que propició que los menores de edad fueran considerados como objetos, sin ningún derecho de protección, y a estar a disposición de la voluntad del paterfamilias.

Es importante mencionar que el derecho en Roma permitía al padre de familia tener la patria potestad de sus descendientes con la condición de que los miembros de la familia fueran ciudadanos romanos.

⁴ *Ibidem*, p. 95.

⁵ CHÁVEZ Asencio Manuel F., *La familia en el Derecho*, Ed. Porrúa, 7a. ed. México, 1984, p. 26.

Ahora bien, las fuentes de derecho de la patria potestad en Roma señala Floris Margadant S. Guillermo eran las siguientes: "...el matrimonio ó *iustae nuptiae*, la adopción y la legitimación."⁶

Para un mayor entendimiento se debe establecer que la patria potestad en el matrimonio, es aquella donde el hijo nacido dentro del mismo formara parte de la familia civil del padre, y respecto de él, tenía obligaciones de dote, de alimentos y de cuidado. Ahora bien, la patria potestad que nace de la adopción, es concebida como una figura legal que permitía que una persona adquiriera la patria potestad de otra sin parentesco alguno, y tendría los mismos efectos que el matrimonio; por lo que se refiere a la patria potestad derivada de la legitimación, es aquella que se creó con el propósito de que al padre se le permita tener la autoridad paterna de los hijos nacidos de concubinato o también conocidas como uniones irregulares.

En este orden de ideas, los derechos de patria potestad que ejercía en un inicio el paterfamilias en la persona y bienes del hijo, podía ser tan riguroso como los del amo con el esclavo, sin embargo, este derecho se fue restringiendo hasta el grado de reconocer al menor de edad como una persona con derechos dentro de la familia no obstante de ser limitados, y aún cuando se den en contra de la voluntad paterna.

El mismo autor refiere: "La patria potestad, que en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos."⁷

El poder ilimitado del paterfamilias respecto del menor de edad también se redujo dando como resultado que este fuere supervisado por la autoridad que era

⁶ FLORIS Margadant S. Guillermo, *op. cit.* p. 201.

⁷ *Idem.*

representada por un Magistrado, quien era la única facultada para dictar cualquier resolución respecto del menor de edad.

Las restricciones impuestas al paterfamilias fueron según el autor Lemus García Raúl las siguientes:

- “1.- Séptimo Severo, limitó el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- 2.- Antonio el Piadoso, limitó el derecho del “paterfamilias” a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.
- 3.- Se limitó el derecho del “paterfamilias” a casos de extrema necesidad.
- 4.- Bajo Constantino se prohibió al “paterfamilias” abandonar a sus hijos, salvo cuando nacieran “*adhuac sanguinolentus*”
- 5.- Se le facultó al hijo para reclamar alimentos al “paterfamilias”
- 6.- Se le reconoció el derecho al hijo de quejarse, judicialmente, en contra del paterfamilias.”⁸

Al paterfamilias se le castigó los excesos que cometía en el ejercicio de su omnímodo derecho, suscitándose casos donde fue penalmente sancionado por dar muerte a su hijo sin que se tomara en cuenta la potestad ejercida.

De la misma manera que se detallaron las fuentes de donde surge el derecho de la patria potestad en Roma, es de comentar las causas por las cuales queda extinguido ese derecho, siendo relevante mencionar que una figura legal de orden público no se permitía que terminara por voluntad entre el padre y los hijos, por tal razón, la patria potestad en Roma quedaba extinguida de la siguiente forma según señala el autor Floris Margadant S. Guillermo:

- “... a) Por la muerte del padre (o por su *capitis deminutio* máxima o media).
- b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio* máxima o media).
- c) Por la adopción del hijo por otro paterfamilias.
- d) Por casarse una hija *cum manu*.
- e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justiniano, también burocráticas.
- f) Por emancipación, figura que evolucionó de ser un castigo (expulsión de la domus) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

⁸ LEMUS García Raúl, *Derecho Romano*, Ed. Limsa, México, 1979, p. 101.

g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por la pobreza general.”⁹

La época romana es relevante por dos causas, se da la regulación ordenada de la figura de la patria potestad, aún cuando esta sea en un inicio considerada como un derecho irrestricto únicamente del padre hacia los hijos, dejando a la madre sin derecho alguno respecto del menor al ser considerada legalmente como hija; y en segundo lugar por observarse las primeras evoluciones de protección y cuidado del menor aún en contra de quien ejerciera el derecho de patria potestad. Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos señalan respecto a la patria potestad lo siguiente:

“En un principio se ejercía por ciudadanos romanos sobre sus descendientes, tenía por objeto el interés del jefe de la familia, le correspondía la patria potestad al ascendiente de sexo masculino de más edad, no sufría modificaciones en razón de la edad o del matrimonio de los hijos, nunca podía ser ejercida por la madre. Sin embargo, poco a poco está enérgica autoridad fue desapareciendo, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.”¹⁰

Es por tal razón la importancia que deja el Derecho Romano a nivel mundial es trascendente hasta hoy en día, en virtud de que diversas legislaciones en el mundo las adoptaron para crear su derecho; en este entendido el Derecho Español es la hermenéutica del Derecho Romano con el Canónico, lo que posteriormente dará origen a la formación jurídica de los países de América Latina, quienes también tomaran influencia del Derecho Francés; en donde quedará contemplada la figura legal del Patria Potestad.

⁹ FLORIS Margadant S. Guillermo, *op. cit.* p. 206.

¹⁰ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *La Pérdida de la Patria Potestad*, Ed. Incija, México, 2004, p. 15.

1.2 EN FRANCIA

El autor Bonnecase se refiere a la patria potestad de la siguiente manera: “Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en su persona como en sus patrimonios.”¹¹

Con esta definición se puede observar que no únicamente se establecen las obligaciones que tendrá quien ejerza la patria potestad respecto de sus hijos, también precisa que otras personas distintas de los padres pueden tenerla, como serían los abuelos o un tercero ajeno tratándose de la adopción.

Se puede decir que la patria potestad en Francia al igual que en Roma, en un principio era ejercida por el padre sobre los hijos y su mujer sin límite de edad, pero a partir del año 1792, se suprimió esta potestad sobre los mayores, quedando únicamente para los hijos menores.

Es importante mencionar el Código de Napoleón que surge en Francia, donde queda regulada la patria potestad el cuál fue aprobado el 3 de septiembre de 1807, en este cuerpo legal en el Título IX que refiere a la patria potestad en los artículos 371 y 372 establecen lo siguiente:

En el artículo 371 señala que los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a sus ascendientes. En el artículo 372 nos habla de las personas que ejercen la patria potestad e indica que el hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta que sea mayor de edad o se emancipe.

Los tratadistas Planiol y Ripert indican: “Esta atribución casi es nominal en lo que se refiere a la madre mientras dure el matrimonio. En efecto, aunque esta

¹¹ BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil, Tr. José M. Cajica*, Ed. Cárdenas, Tijuana B.C., 1985, p. 427.

potestad es común a ambos padres, es delegada en una manera exclusiva al padre.”¹²

El artículo 373 señala que el padre ejercerá esa autoridad durante el matrimonio y ese poder paterno sólo pasa a la madre en los casos de disolución matrimonial, por divorcio a causa de culpabilidad del mismo, por muerte del padre; y tendrá la madre la representación del esposo en caso de ausencia o incapacidad.

El Código de Napoleón sólo se ocupa de la patria potestad dentro del matrimonio, ya que se establece para los padres legítimos y a los naturales sólo le otorgará ciertos derechos. Es hasta la ley de 1907 que les reconoce la patria potestad a los padres naturales, otorgándoles las mismas facultades que los legítimos, con algunas excepciones; siendo una de las principales la que equipara la autoridad materna con la paterna, lo cuál difiere de la legítima que como ya observamos casi es absoluta al padre.

Por lo que respecta a este ordenamiento legal en lo que se refiere a las obligaciones que tienen los padres al ejercer la patria potestad, señalo como principales los siguientes:

a) La educación del menor. Se entiende este derecho como el cuidado de dirigir correctamente la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter, por tal causa a los padres se le da facultades para el desarrollo de esta obligación: El derecho de guarda, que lleva implícito el derecho de vigilancia y el derecho de corrección.

El artículo 374 señala según los tratadistas antes citados: “El hijo no puede abandonar la casa sin que lo permita el padre. Esto se debe entender como el

¹² PLANIOL y RIPERT, *Compendio de Derecho Civil Francés*, Ed. José Cajica, Puebla, 1968, p. 255.

derecho de guarda y se puede apreciar que el padre necesita de esta premisa, para que pueda cumplir su deber de educación.”¹³

Si el hijo abandona la casa paterna sin permiso de su padre, éste puede dirigirse a la autoridad pública para traerlo de regreso y utilizando si se requiere la fuerza.

La guarda de los hijos no sólo implica un derecho, también es para los padres una carga u obligación, ya que también se puede considerar como delito el abandono de infante.

Por lo que se refiere al derecho de corrección este quedó regulado en los artículos 375 al 383 del ordenamiento legal en estudio; y es aquel que tiene el padre sobre su hijo ejerciendo su derecho de patria potestad, el cual podía solicitar como medida de corrección al Presidente del Tribunal de la Infancia de donde residiera el menor que se le detuviera a éste, por un mes si era menor de 16 años o de seis meses si era mayor de esa edad hasta que alcanzara la mayoría de edad. Estas detenciones podían aplicarse posteriormente en caso de reincidencia.

La autoridad representada por el Juez era la encargada de realizar, estudios sociales, psiquiátricos, psicológicos y médicos, conocidos como encuestas del menor, y tomaba providencias de custodia provisional respecto de algunos de sus padres, pariente o de algún tercero, esto con el fin posteriormente de convocar a una audiencia, para intentar la adhesión de la familia.

El comentario del derecho de corrección tratándose de un niño o joven, es obvio decir que resulta contraproducente e injusto la aplicación de este

¹³ *Ibidem*, p. 194

procedimiento, por razón de que aún menor no es la manera de corregirlo y al dejar a la voluntad del padre ese derecho el cual es susceptible de ser ejercido arbitrariamente en contra del hijo; repercutirá sin duda esa actitud errónea en la formación del carácter del menor produciéndole efectos psíquicos negativos en su vida adulta.

En este orden de ideas los hijos legalmente reconocidos por uno de sus padres o por ambos, les dará el derecho de la patria potestad, lo mismo ocurrirá tratándose de hijos naturales. El Código de Napoleón representa a contrario del poder ilimitado del paterfamilias en Roma, el sustento legal que permite regular derechos y obligaciones a quienes ejercen la patria potestad, ya sea el padre o la madre, o un tercero en ausencia de estos.

1.3 EN ESPAÑA

El autor Obregón Toribio Ezequiel al hablar de la patria potesta señala:

“La familia se constituyó por lazos consanguíneos, en donde la potestad paterna era absoluta, la emancipación de los hijos era parte de la forma que consideraban importante, ya que los educaban para crear guerreros, el régimen familiar era monogámico, en donde el hombre compraba a la mujer para así dar la solemnidad al acto del matrimonio.”¹⁴

El derecho civil español, se caracterizó en un inicio en dar un poder absoluto al hombre, el padre será el único que ejercerá la patria potestad, teniendo a su vez el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos, sin embargo, los menores podían disponer libremente de sus propiedades y bienes.

Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos señalan lo siguiente:

¹⁴ OBREGÓN Toribio Ezequiel, *Apuntes para la Historia del Derecho de México*, Ed. Polis, México, 1937, p.367.

“España se vio fuertemente influenciada por el derecho germánico en la época medieval respecto a la organización de la patria potestad, no obstante que las Siete Partidas acogieron el Derecho Romano; sin embargo, encontramos tintes de ideas cristianas que dieron a la institución una clara piedad paternal.”¹⁵

El derecho español recibió la herencia Romana y se refleja en las Siete Partidas, en donde como en su modelo, la patria potestad era atribución absoluta y perpetua del padre. El fuero Juzgo en una de sus leyes prohíbe a sus padres vender, donar o emplear a los hijos. Este fuero juzgo es el más antiguo de los Códigos Españoles, y contiene muy escasas disposiciones acerca del tema que abordamos; instituía que a la muerte del padre, la patria potestad pasaba a la madre hasta que los hijos hubieran cumplido 15 años, siempre y cuando ella quisiera y no contrajera nuevas nupcias, en cuyo caso si había otro hijo de una edad de veinte a treinta años, a él debía pasarse la guarda de los menores.

El autor Capdequí José María señala:

“España, como en otras regiones del continente Europeo, fue romanizada dos veces, primero cuando se la incorporó como provincia del Imperio Romano, y la segunda vez en la edad media, cuando recibió el derecho justiniano o, mejor dicho, su reinterpretación hecha por los glosadores y comentaristas italianos. El primer cuerpo legal español en incorporar el derecho justiniano fue el libro de las leyes, más conocido como las Siete Partidas, aparecidas en la segunda mitad del siglo XIII .”¹⁶

En el derecho de familia en España, podemos afirmar que la condición de la mujer es inferior a la del hombre; situación que se fue modificando con el cristianismo; en cuanto a los menores de edad; éstos eran considerados incapaces para discernir hasta la edad de siete años, y eran considerados imputables a los catorce años en la participación de cualquier delito, podían ser emancipados mediante el consentimiento del padre a través de la presencia judicial.

¹⁵ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p. 40.

¹⁶ CAPDEQUÍ José María, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Ed. Aguilar, España, 1969, p. 87.

Es importante señalar que las leyes de las Siete Partidas nos encontramos con una reacción contraria a la seguida por el Fuero Juzgo, ya que en este ordenamiento jurídico, volvemos a los principios del Derecho Romano, en donde el poder doméstico se encuentra representado en los derechos concedidos al padre de familia, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bienes.

Sin embargo, tienen un sentido más humano que las leyes romanas; así encontramos que una partida ordena que: el castigamiento debe ser con mesura y con piedad, y otra refiere que el padre tiene derecho en demandar en juicio, y tomar a su poder al hijo que anduviese por su voluntad vagando por la tierra, no queriendo obedecerle.

Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos mencionan: “La patria potestad en el derecho español sólo era concebida en la familia legítima y se transforma a través del derecho consuetudinario en un deber de protección hacia el hijo.”¹⁷

Por su parte el autor Canovas Espín Diego señala: “Así pues el fondo predominante ético de la familia en España, como institución social, repercute en su regulación jurídica y es la primera y más destacada característica del Derecho de Familia.”¹⁸

Es importante mencionar que las relaciones jurídicas que se dan en la familia tienen un carácter personal, porque se crean a raíz de ciertos vínculos familiares que unen entre sí a determinadas personas, sin embargo, el que las personas cuenten con algún patrimonio o tengan derechos relacionados con el mismo, originara una primera clasificación de las relaciones jurídico familiares,

¹⁷ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p. 40.

¹⁸ CANOVAS Espín Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 8a. ed. Madrid, 1981, p. 8.

que atienden a contenidos personales y patrimoniales, y que de acuerdo con Savigny llama derecho de familia puro y derecho de familia aplicado.

La figura legal de la patria potestad en el derecho español terminaba, por muerte de quien la ejercía, por muerte civil o destierro, por incesto del que la ejercía; por la obtención del sujeto a patria potestad, de un alto cargo o dignidad pública, y por último al contraer matrimonio el sujeto a patria potestad.

1.4 EN MÉXICO

El autor Chávez Asencio Manuel F., señala al hablar de los orígenes de la patria potestad:

“En México el régimen jurídico de los pueblos protectores y precortesianos hace que se desarrolle el derecho; y en tiempos de Nezahualcóyotl, sobrevino una evolución del derecho, se aumentaron las familias e instituciones y es así como se encuentran los orígenes de los españoles al Nuevo Mundo, naciendo con ello una enorme variedad de costumbres familiares tanto en lo que respecta a los principios básicos del matrimonio, cuanto a lo que ve a las costumbres e influencias sociales de la familia.”¹⁹

El hombre era el jefe de la familia, en cuanto al cuidado y educación estaba en igual circunstancia con la mujer. El hombre se encargaba de los hijos, y la mujer a su vez tenía que cuidar de las hijas.

La patria potestad antes de la llegada de los españoles a México era ejercida únicamente por el hombre respecto de sus hijos, y se observa que esa facultad le permitía disponer de sus hijos como si fueran mercancía.

El autor Dominguez Martínez Jorge Alfredo indica:

“La patria potestad era un poder muy grande, pues el padre podía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el

¹⁹ CHÁVEZ Asencio Manuel F., *op. cit.* p. 41.

matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre, era tenido como ignominioso.”²⁰

El derecho de corrección esta presente en esta época y en forma excesiva se practicaba; será una de las primeras expresiones de cuidado que tendrán los padres respecto de sus hijos, ya que al castigarlos era con el fin de educarlos correctamente dentro de su familia.

Para castigar a los hijos, los padres podían usar de la violencia, generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, con el permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo.

Existía diversidad de costumbres familiares, se contemplaba la figura del matrimonio, y se permitía la poligamia entre los pudientes llamados reyes o gentes ilustres. Una vez llegada la conquista de los españoles y por ende la evangelización, una de los problemas que dificultó la evangelización fue precisamente la poligamia, ya imperaba en toda la sociedad; los misioneros paulatinamente establecieron la monogamia con el objetivo que se considerara a una única mujer como legítima esposa en el matrimonio.

Los autores antes citados señalan: “El matrimonio, a más de las disposiciones en el derecho canónico y en la legislación de Castilla había motivado disposiciones particulares en la Indias por las condiciones particulares que ahí se presentaban.”²¹

Las reglas del matrimonio contempladas en el Derecho civil en Indias contemplada en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, señalaba que los menores de veinticinco años necesitaban autorización del padre o en su defecto de la madre, o de quien ejerciera la patria potestad, guarda y custodia; y a

²⁰ DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e invalidez*, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 54.

²¹ *Ibidem*, p. 55.

falta de ellos serían los tutores o los parientes más cercanos quienes darían ese consentimiento, previa autorización o aprobación judicial; quedando exceptuados mulatos, negros, esclavos y castas, cuya autorización del matrimonio lo daban los curas o doctrineros, es importante destacar que el poder de quien ejercía la patria potestad en la época colonial tenía una duración considerable precisamente por considerar que un menor hasta la edad de 24 años era incapaz de realizar actos en lo que interviniera al no tener pleno discernimiento, lo que posteriormente fue paulatinamente cambiando.

El matrimonio que se contraía sin licencia no surtía efectos civiles, ni con relación a los cónyuges ni para con los hijos, es decir no se creaban derechos de familia como son: respecto de los hijos, patria potestad, guarda y custodia, y entre los contrayentes no había dote legítima, ni mayorazgos.

Los mismos autores indican:

“La legislación de Indias, cuya razón de ser se originó en los inconvenientes e injusticias motivados por la imposición en el territorio americano, sin modificación alguna, de las leyes vigentes en España, por las grandes diferencias habidas en las personas a quienes debió considerárseles sus respectivos destinatarios y que, consecuentemente para evitar esas injusticias e inconvenientes fue la legislación dictada por la corona española para aplicarse en las colonias americanas.”²²

El autor Verdugo Agustín indica:

“El más antiguo de los Códigos de nuestra madre patria, el Fuero Juzgo, contiene muy escasas disposiciones a cerca de la patria potestad, la cual, en opinión común de los interpretes, pertenecía, muerto el padre, a la madre, hasta que los hijos hubieren cumplido quince años, siempre que ella quisiese y no pasa a segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de veinte a treinta años de edad, a él, debía pasar la guarda del menor.”²³

²² DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *op. cit.* p.p. 56 y 57.

²³ VERDUGO Agustín, *Principios de Derecho Civil Mexicano*, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1993, p. 18.

Por lo que respecta a la relación de padres e hijos nacidos dentro del matrimonio, se establecerán derechos y deberes recíprocos; aquí se presentan regulaciones de cuidado, guarda, educación y alimentación de menores; los que quedarían plasmados posteriormente en diversas legislaciones locales civiles en México.

Las leyes civiles en el México Colonial siguieron aplicándose en el México Independiente, regulando las relaciones entre padres e hijos, se aprecian cambios significativos, como la facultad de la mujer en el cuidado y protección de los hijos, el castigamiento de los hijos deberá ser con mesura y piedad, la patria potestad únicamente se adquirirá por matrimonio, la patria potestad podrá de igual forma ejercerla el padre y la madre, la patria potestad terminará entre otras formas por la emancipación, muerte, castigos crueles impuestos a los hijos, por prostitución de las hijas; como ejemplo tenemos las Siete Partidas que recopilaron estos derechos, es trascendente la evolución que tuvo la institución jurídica de la patria potestad reconociéndole derechos a los menores aún en contra de quienes ejercieran la patria potestad de ellos.

El mismo autor señala:

“Las leyes de partida operaron una verdadera reacción en esta materia, copiando las leyes romanas, si no en el estado que guardaban bajo la República y los primeros tiempos del Imperio, si con las reformas hechas por los emperadores cristianos hasta Justiniano, por lo cual el poder doméstico ha dejado de ser la austera representación de los crueles derechos concedidos al paterfamilias, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bienes para convertirse en ligamiento de reverencia o de castigamiento.”²⁴

En este mismo sentido el autor Dominguez Martínez Jorge Alfredo menciona: “Pero en México independiente hace notar Trinidad García, la influencia del derecho precortesiano es nula o insignificante cuando menos, sobre todo

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

tratándose de relaciones privadas; todas nuestras instituciones relativas a éstas tienen antecedentes muy distantes de aquel derecho...”²⁵

La patria potestad se le concebirá como un derecho integral de protección que gozaran los padres respecto de sus hijos, y del cual se derivaran otros, como lo es la guarda y custodia; la patria potestad por lo tanto, ya no será un poder ilimitado de los padres hacia los hijos para disponer de ellos como en la antigüedad, sin embargo el menor de edad carecerá de una participación activa por ser considerado incapaz, y sujeto a la decisión de autoridades para que determinen sobre su guarda y custodia.

1.4.1 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870

Los legisladores mexicanos tuvieron como fuentes inmediatas para la creación del Código Civil de 1870 a las legislaciones francesas y españolas.

El autor que antes se cita señala:

“El 15 de enero de 1870, la comisión integrada por los señores licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte y Rafael Dondé, envió al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública su trabajo realizado respecto de un proyecto del Código Civil promulgado el 8 de diciembre siguiente y cuya vigencia fue a partir del 1 de mayo de 1871, bajo la denominación de Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California.”²⁶

El antecedente legislativo más antiguo en cuanto a la protección y cuidado del menor lo encontramos en el proyecto del Código Civil en el año de 1859, que fue elaborado por el Licenciado Don Justo Sierra por encargo del presidente Benito Juárez, proyecto que fue publicado y aprobado en 1861, y que estuvo influenciado por el proyecto del Código Civil Español de García Goyena, y éste, a su vez se inspiró en el Código de Napoleón de 1804.

²⁵ DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 54.

²⁶ *Ibidem.* p. 63.

El mismo autor refiere:

“La fuente que se suele señalar como directa de este Código de 70, es el proyecto citado de don Justo Sierra el que a su vez, como dijimos, tuvo como fuentes en primerísimo término el Código de Napoleón, a los principios de Derecho Romano y a los Códigos de Cerdeña, Austria Holanda y Portugal, así como el proyecto de García Goyena.”²⁷

Este Código Civil de 1870, por lo que respecta a nuestro tema contempla la guarda y protección del menor, en la regulación jurídica de la patria potestad, sin embargo estas instituciones legales no fueron suficientes para proteger correctamente al menor de edad.

Respecto de instituciones de Derecho Familiar contiene regulación destinada al matrimonio, al parentesco a los alimentos, al divorcio sólo por separación y no con ruptura del vínculo matrimonial; a la paternidad y filiación a la menor de edad, a la patria potestad, a la tutela y curatela, a la emancipación y mayor edad y a la ausencia.

Tratándose de la patria potestad el Código Civil de 1870 en su título octavo, capítulo I, señala el autor Macedo Pablo:

“Art. 389. Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Art. 390. Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes.

Art. 391. La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.

Art. 392. La patria potestad la ejerce;

I.- Por el padre.

II.- Por la madre.

III.- Por el abuelo paterno.

IV.- Por el abuelo materno.

V.- Por la abuela paterna.

²⁷ *Idem.*

VI.- Por la abuela materna.”²⁸

Se puede apreciar de la lectura del presente Código Civil, que la figura de la patria potestad recaerá sobre la persona del menor de edad y sus bienes; y comprende a los hijos legítimos o legitimados o reconocidos; teniendo este derecho ambos padres y ascendientes, pero reconociendo que el padre será el titular de este derecho y a falta de él, se seguirá el orden legal que plantea la ley para ser ejercido este derecho.

En este Código por su parte plantea a su vez la facultad de corregir y castigar a sus hijos, señalando que debe ser en forma templada y mesurada, y que las autoridades debían auxiliarlos de manera prudente, cuando lo haya solicitado quien ejerciera este derecho.

El autor Medal Sánchez Ramón señala:

“El Código Civil de 1870 completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio con arreglo a estas bases:

3º Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, colocando a ésta en un estado de incapacidad, y se la obligó a vivir con su marido, a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes, y a recabar la licencia de su esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso (arts. 199,201 y 204 a 207).

4º Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de él, podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad (arts. 392-I y 393), mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio (art. 198).”²⁹

Es importante comentar aunque de manera somera la institución legal del matrimonio, que íntimamente está ligada al derecho de la patria potestad, en virtud que es de esta unión legal, una forma jurídica de donde surge este derecho,

²⁸ MACEDO Pablo *El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1971, p. 97.

²⁹ MEDAL Sánchez Ramón, *El Derecho de Familia en México*, Ed. Porrúa, México, 2a. ed. México, 1991, p.p. 14 y15.

con respecto de los hijos nacidos dentro del mismo; el Artículo 161, de este Código señalaba que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, y con todas las formalidades que ella exige.

Por su parte el artículo 239 del Código Civil en estudio indicaba; que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial para lo cual fue creado, sino que únicamente suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, como era el derecho de ejercitar en su caso la guarda y custodia de los hijos nacidos dentro del matrimonio y el derecho conferido al padre sólo en casos excepcionales, la patria potestad se le daba a la madre, pero se reitera únicamente en casos de muerte del padre y en representación del pater familia.

El Código Civil de 1870, en relación a la figura legal de la patria potestad en donde está inmerso el derecho de guarda y custodia siendo esta un derecho de protección del menor de edad; lo más sobresaliente que aporta este Código Civil; es considerar a la patria potestad como un conjunto de derechos o facultades que ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos (art. 391), le es atribuida exclusivamente al padre (art. 392-I) siendo éste un retroceso legal en detrimento del menor de edad y de su progenitora, y actuara como administrador legal de los bienes de los hijos (art. 400), con la obligación de educarlos convenientemente (art. 395), con la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente (art. 396) contando con el auxilio de las autoridades en el ejercicio de esta facultad.

Al menor en este Código se le seguirá contemplando como un incapaz legal y natural sujeto a representación dentro de la estructura familiar.

1.4.2 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884, fue promulgado por el C. General Manuel González; tocante a la patria potestad se reglamentó en la misma forma que en el ordenamiento de 1870, con modificaciones mínimas.

El autor Medal Sánchez Ramón señala:

“El Código Civil de 1884 y la razón de su expedición. Con la única innovación importante en esta materia, de haber sustituido el mencionado sistema de “legítimas” por la libre testamentación, el Código Civil de 1884 conservó la misma organización de la familia y sobre todo la indisolubilidad del matrimonio del Código Civil de 1870...”³⁰

Respecto de la patria potestad, se aprecian diferencias al comparar el artículo 401 del Código Civil de 1870, con el precepto 375 del Código Civil de 1884, donde el primero menciona cinco clases de bienes y el segundo ordenamiento nos habla de seis clases, reglamentando la clase de bienes que provienen de la herencia o legado del padre, y a las demás clase se les pondrá las palabras herencia y donación que no fueron contemplados en el Código Civil de 1870.

Por lo que se refiere a los bienes de los hijos los divide en seis clases (el Código de 1870 los dividía en 5 clases), pues agrega como una segunda clase los bienes que proceden de herencia o legado del padre, art. 375 fracción II.

Se reducen en este nuevo Código a tres las causales para suspender la patria potestad (el Código de 1870 considera cuatro causa de suspensión); pues excluye el caso de hijo pródigo administrador de bienes, art. 391.

Se establece como causal de pérdida de la patria potestad, el hecho que la madre supérstite (o la abuela viuda en su caso) diere a luz aún hijo ilegítimo. También era causa de pérdida si se llevan a cabo segundas nupcias; pero en este supuesto con la posibilidad de recobrar el ejercicio de la patria potestad si se volvía enviudar. El Código Civil de 1884 agregó como causal de pérdida que la madre o la abuela viuda viviera en mancebía.

³⁰ *Ibidem*, p.16.

La patria potestad en el Código Civil de 1884, se aprecia que será una facultad atribuida al hombre varón únicamente. Con exclusión de la mujer, pues al padre en primer lugar le corresponde su ejercicio, lo que da como resultado la existencia de una jerarquía patriarcal dentro del núcleo familiar como un jefe de familia.

En los dos Códigos aparece la figura del Consultor, designado en testamento del padre de familia, cargo que puede ser plural, quien dictaminara en ejercicio de la patria potestad, que correspondía al difunto, sobre los actos que en vida haya determinado, por lo que al fallecer el padre, entra la mujer en ejercicio de una patria potestad limitada por su esposo ya fallecido.

Este Código Civil consideró al matrimonio un contrato civil, únicamente se aprecia como innovación el principio de la libre testamentificación que vino a sustituir la herencia forzosa, suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio de los hijos nacidos dentro del matrimonio; respecto de la guarda y custodia el citado Código Civil no menciona algo de trascendencia, plasma la misma idea que es el padre quien ejerce la patria potestad con los derechos inherentes que se derivan del mismo a favor de los hijos.

El artículo 368 del Código Civil de 1884, señalaba que el menor de edad no podía dejar la casa de quien ejercía en él la patria potestad, bien fuera sin su consentimiento, o bien por derecho de la autoridad pública competente. Se aprecia en éste Código también el derecho del padre de corregir y castigar a los hijos de una forma templada y mesurada

En el Código Civil de 1884 al haber dejado su redacción casi intacta como estaba redactado el Código Civil de 1870, por lo que se refiere a la patria potestad su avance significativo es ínfimo, hacia la protección de los derechos del menor, frente los excesos que pudieran cometer en su perjuicio, quienes ejercieran su patria potestad; un derecho aportado en el anterior Código Civil de 1870 y que

quedó plasmado de el de 1884, se da cuando los Tribunales podían privar del derecho de la patria potestad de quien la ejerciera, o bien, modificar su ejercicio, cuando éste trataba de una forma excesiva al menor de edad, bien fuera porque no lo educara correctamente o por imponerle conductas inmorales o malos ejemplos o consejo corrupto.

Refiriéndonos al Código Civil de 1884, y a sus aportaciones al derecho de familia donde queda contemplada la patria potestad, es preciso determinar que el autor Julian Gúitron Fuente Villa señala: "...inexplicablemente se dio un Código Civil a los 14 años de su promulgarse el primero en México, sin embargo debemos reseñarlo como una copia del de 70, sin mayores aportaciones en el orden familiar..."³¹

A manera de conclusión se expresa que la situación jurídica y social que en México prevaleció, posteriormente de la promulgación de el Código Civil en estudio, no permitió un avance en el desarrollo de instituciones familiares, ni de leyes protectoras de la familia en beneficio de los menores de edad, nuestro país sufrió un movimiento social que trajo como consecuencia ente otras situaciones un atraso jurídico. Posteriormente a la Revolución de 1910 se darán cambios significativos para regular correctamente en Códigos Civiles en México lo que actualmente conocemos como patria potestad y diversos derechos de los menores de edad.

1.4.3 EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

El Código Civil de 1928 se regula por primera vez en el artículo 383, el concubinato y se establece una presunción para considerar quienes son hijos del concubinario y la concubina.

³¹ GUITRÓN Fuentevilla Julian, *Derecho Familiar*, Ed. Universidad Autónoma de Chiapas, México, 1988, p. 100.

Se establece una igualdad entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, eliminando el término legítimo e ilegítimo.

El Código Civil de 1928, sufrió diversas reformas de las cuales sobresalen las siguientes:

- a) Se cambia a 18 años de edad la mayoría de edad, por la de 21 años (artículo 646 del Código Civil).
- b) Conforme al criterio del juez, se resolverá tratándose de la custodia de los hijos en los casos de divorcio (artículo 269 del Código Civil).
- c) El juez determinará sobre el ejercicio de la patria potestad, en cuanto al orden en que serán llamados los ascendientes, a falta de los padres (artículo 418 del Código Civil).
- d) Se sustituye la facultad que los padres tenían de castigar a sus hijos por la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. (artículo 423 del Código Civil).
- e) La facultad discrecional que se le otorga al juez para decidir sobre la guarda y custodia está mal depositada, ya que no tiene la posibilidad de cerciorarse por ningún medio legal del cuidado y bienestar de los menores por parte del progenitor que vaya a designar que ejercite el derecho señalado.

Haciendo una comparación de los Códigos de 1884, 1870 se aprecian diversos artículos que antes no se señalaban, con respecto a la situación jurídica del menor, de los cuales es de puntualizar los siguientes:

“Artículo 416.- En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.”

“Artículo 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta los intereses del hijo.”

Es importante mencionar que en este Código la patria potestad ya no es renunciable, para aquellas personas que la ejercieran, y quieran excusarse, podrán hacerlo cuando hayan cumplido los sesenta años, o bien cuando por alguna enfermedad no puedan atender debidamente a su desempeño.

En relación a la patria potestad estará como se observa a cargo tanto de la madre como del padre, en caso de conflicto los menores serán otorgados en guarda y custodia a cargo de personas que la autoridad judicial establezca, es importante señalar que no se dan los mecanismos legales suficientes que posibiliten protegerlo integralmente en los asuntos judiciales en que intervengan.

1.5 REFLEXIONES FINALES

Como ya se estableció en el presente capítulo, la evolución histórica de la patria potestad nos puede enmarcar lo que se puede entender como protección de menores, teniendo como antecedentes históricos la regulación de instituciones tradicionales, como la patria potestad, tutela y adopción.

En las sociedades antiguas como se señaló no se le reconoce a los menores de edad derecho alguno. El poder paterno acaba sólo cuando termina la vida del padre.

En Grecia, y sobre todo en Esparta, el niño es propiedad del Estado. Es conocido cómo al salir del seno de la madre, ésta había de presentarlo ante la asamblea de Ancianos, y si éstos lo encontraban débil o mal constituido, contrahecho o enfermizo ordenaban que lo tiraran a un estanque.

El hijo sano se le dejaba a la madre hasta los siete años de edad, donde comenzaría para él, un aprendizaje castrense.

De esta misma forma en Roma lo hace el paterfamilias. Dicha potestad dura hasta la muerte de aquel que de ella está investido, el cual puede venderlo o matarlo como a sus esclavos o su ganado, estando restringida únicamente por la opinión pública. Ello, no quita que se prestara una atención muy cuidada a la educación de los mismos.

En la cultura romana y griega pretendían el perfeccionamiento del hombre desde su niñez, por lo cuál tenían mínimamente derecho o acceso a la educación y al derecho, lo cuál constituía una forma de protección del menor, al conocer a través de las letras el respeto a la ley.

Si bien la influencia del Derecho Romano en la regulación de la patria potestad es evidente aún en nuestros días, en consonancia con los tiempos modernos se han producido modificaciones que llegan al lenguaje, largamente adoptado de nuestros antecesores.

El cristianismo introdujo un giro en la visión de la infancia. Los textos evangélicos se refieren al menor en términos de respeto a la personalidad de los menores. En el derecho germánico existe además un cambio sustancial respecto del romano, ya que a contra de éste, ya no existe una monarquía absoluta doméstica, sino que la autoridad reside en todos los varones capaces de tomar las armas sin importar la edad.

La autora Julieta Moreno Torres Sánchez señala:

“Sin embargo las Partidas de Alfonso X el sabio, vuelven a recoger la tradición del derecho romano. Al regular cómo deben los padres cuidar a sus hijos, ejemplifica tal deber refiriéndose al mundo animal: si las bestias que no tienen razonable entendimiento, aman naturalmente y crían a sus hijos, mucho más lo deben hacer los hombres que tienen entendimiento y sentido sobre las cosas, imponiendo al padre y a la madre la obligación de criar a todos los hijos.”³²

³² MORENO Torres Sánchez Julieta, *El desamparo de Menores*, Ed. Aranzadi, España, 2005, p.p. 21 y 22.

Es necesario contemplar las instituciones del Derecho desde una perspectiva histórica a fin de poder evaluar la situación actual. Tal como se expresa a través de este estudio muchos son los avances que se han hecho en nuestra legislación.

Prácticas de la antigüedad que pueden parecer auténticas barbaries siguen existiendo en multitud de culturas, como ejemplo la ablación genital femenina así como la venta de niñas y niños etc.

La moderna regulación del derecho de protección de menores se puede situar en décadas aproximadas en la declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, con su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los derechos del niño, que proclama la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Como es de apreciarse la historia nos refleja el poder de la patria potestad de los padres hacia sus hijos como un poder omnipotente, en el cual el menor no es un sujeto de derechos si no de protección de acuerdo en lo que más le pudiera favorecer de acuerdo al interés del padre más que de la madre como se ha detallado en el presente capítulo.

La regulación jurídica del menor de edad como sujeto de derechos es mínima como nos lo señala la historia, razón por la cual se entra al estudio en los capítulos siguientes de lo que los textos legales recientes contemplan respecto de la patria potestad y del interés del menor de edad, que los padres y el Estado deben proteger en distintos supuestos que se presenten.

CAPÍTULO SEGUNDO
ASPECTOS GENERALES

Es trascendente a la investigación en el presente capítulo que se realiza, el tener un marco conceptual que nos defina de manera detallada que debemos entender sobre patria potestad para poder entender posteriormente el interés superior del menor de edad, en razón que del contenido del concepto de la institución jurídica de la patria potestad se podrá concluir si la redacción que se encuentra actualmente en la legislación civil del Estado de México está acorde con el momento jurídico actual que se vive o bien se encuentra mal regulado.

En este entendido debemos señalar que al hablar de la patria potestad estaremos hablando de un derecho natural de los padres respecto de los hijos que no resulta de una concesión del Estado, sino que preexiste al mismo, éste último intervendrá para regular y proteger su funcionamiento en cuanto a los deberes y derechos que deben gozar los menores de edad.

2.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Con la intención de definir lo mejor posible esta institución jurídica es necesario analizar diferentes conceptos realizados por tratadistas civiles en materia familiar mismos que en líneas posteriores se transcriben. Es preciso que el concepto que se le dé a la patria potestad sea el más exacto y claro, para entender su significado ampliamente.

La patria potestad, es definida por la autora Duhalt Sara Montero como: "...como la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad."³³

También ha sido definida la patria potestad por el autor Baqueiro Rojas Edgar como: "... el conjunto de derechos y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos, desde el nacimiento hasta la

³³ MONTERO Duhalt Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, 5a. ed. México, 1992, p. 127.

mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo.”³⁴

El autor Garfias Galindo señala:

“la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes(sic) impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.”³⁵

La patria potestad la define De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael de igual forma como: “...conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinados a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.”³⁶

De las definiciones expuestas podemos observar que a la institución jurídica de la patria potestad la conciben como:

a) Una institución derivada de la filiación.

La filiación es definida por autores antes citados como: “relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores.”³⁷

La filiación por tanto es una institución jurídica civil que se crea o procede cuando existe el reconocimiento legal de un hijo por parte de sus padres; lo antes citado significa que la patria potestad nace de la filiación y se creara en ese momento una relación filial entre los progenitores con sus hijos.

³⁴ BAQUEIRO Rojas Edgar, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Ed. Harla, México, 1990, p. 227.

³⁵ CHÁVEZ Asencio Manuel F., *La familia en el Derecho*, Ed. Porrúa, 2a.ed. México, 1992, p. 276.

³⁶ DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, 29a. ed. México, 2000, p. 400.

³⁷ *Ibidem*, p.291.

b) Como aquella que confiere, facultades, derechos, obligaciones, deberes y poderes, a los ascendientes respecto a los hijos menores no emancipados.

Es pertinente saber el significado de las palabras señaladas anteriormente, para establecer si están empleadas en forma adecuada al relacionarlas con la patria potestad.

Una facultad significa de acuerdo a los autores De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael como: “Derecho subjetivo.// Atribución fundada en una norma del derecho positivo vigente.// Posibilidad jurídica que un sujeto tiene de hacer o no hacer algo // Atribución conferida a un particular...”³⁸

Un derecho subjetivo familiar de acuerdo al autor Chávez Asencio Manuel F. se le entiende como: “... las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales el sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.”³⁹

Al referirse de obligaciones el autor antes citado señala:

“Al hablar de obligaciones en el Derecho de Familia nos referimos exclusivamente a las de contenido patrimonial económico, no obstante que la mayoría de los autores también hablan de obligaciones extrapatrimoniales, recordando que hemos reservado para los deberes conyugales y familiares todo lo relativo a lo no económico.”⁴⁰

El deber o deberes en materia familiar el autor antes citado menciona que pueden entender como: “...la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico surgido por virtud de un acto jurídico o de una institución de hecho, que tiene una persona de hacer, no hacer, o respetar conforme a principios generalmente

³⁸ DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *op.cit.* p.p. 285 y 286.

³⁹ CHÁVEZ Asencio Manuel F., *op.cit.* p. 399.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 406.

aceptados, que tiene un fuerte contenido moral y que el derecho asume dentro de la norma objetiva.”⁴¹

Por último, al hablar de poder el autor último citado indica que es:

“la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar en nombre y por cuenta de otra llamada representada. La representación es la acción de representar, o sea el acto por el cual una persona dotada de poder y llamada representante, obra en nombre y por cuenta de otra llamada representada o dominus del negocio.”⁴²

En este mismo sentido el autor Chávez Asensio Manuel F. menciona: “El poder y la representación pueden ser originados por la ley; es decir, la representación legal o necesaria que es la que preferentemente encontraremos en las relaciones jurídico familiares.”⁴³

En las definiciones de patria potestad, se utilizan indistintamente, las palabras facultad, derechos, obligaciones, deberes y poderes; en algunos casos es en forma correcta su utilización y otras veces considero que se encuentran mal empleadas por las razones que se dan a continuación.

Para comenzar diré que una facultad, es un derecho subjetivo que puede materializarse cuando lo permite un derecho objetivo o norma jurídica; y la facultad en materia familiar tendrá como característica intrínsecamente un deber y voluntad de hacer, no hacer o respetar, conforme a principios legalmente aceptados por la ley.

En una redacción más apropiada de la patria potestad, debe considerarse en primer lugar, al derecho objetivo o norma jurídica, y posteriormente a la facultad o derecho subjetivo, que es permitida por la primera y de donde nace esta última.

El autor López del Carril Julio J. señala:

⁴¹ *Idem*, p. 377.

⁴² *Idem*, p. 324.

⁴³ *Idem*.

“Nuestro pensamiento milita dentro de la dualidad del derecho, esto es: derecho objetivo representado por la norma concreta y material del orden y de la regulación jurídica; y el derecho subjetivo como “poder jurídico” que encuentra su apoyo en dos columnas: a) la norma objetiva; b) la voluntad de quien ostenta ese poder jurídico.”⁴⁴

Por su parte al hablar de una obligación, en la institución jurídica de la patria potestad es incorrecto, ya que la obligación refiere a una situación patrimonial; en este orden de ideas la palabra obligación, ha sido utilizada incorrectamente, para tratar con la misma de indicar la responsabilidad que nace de un vínculo jurídico que existe por un acto jurídico o institución de hecho; por esta razón dentro de la patria potestad surge un deber y no una obligación, de hacer no hacer o respetar principios aceptados y reconocidos por el derecho objetivo.

Por último, en la institución jurídica de la patria potestad se utiliza el término poderes, lo que significa que el progenitor respecto su menor hijo no emancipado tendrá una derecho subjetivo o facultad para representarlo, en lo que corresponde a su persona y bienes, es decir un poder o facultad de representación, y por otro lado un poder considerado como una potestad que tendrán los padres respecto de sus hijos menores, por haberseles reconocido este derecho, siempre teniendo en cuenta que es un poder dado para que realice deberes en pro de beneficios integrales de sus menores hijos.

Por otra parte el autor Chávez Asencio Manuel F. menciona:

“En relación a los poderes o facultades, los representantes legales tienen las facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, pero estas últimas se encuentran limitadas en los términos de los artículos 436 y 437, C.C., pues se requiere autorización para enajenar y gravar en algún modo los bienes inmuebles y también los muebles preciosos, cuya autorización solamente se dará cuando sea de evidente beneficio del menor.”⁴⁵

⁴⁴ LÓPEZ del Carril. Julio J., *Patria Potestad Tutela y Curatela*, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1993, p. 19.

⁴⁵ CHÁVEZ Asencio Manuel F., *op. cit.* p. 328

c) La institución jurídica de la patria potestad, será ejercida por los progenitores respecto del hijo no emancipado, donde se observará una protección en su persona consistente en su cuidado, educación, y asistencia; y también en los bienes que posea.

El autor Cafferata José Ignacio refiere:

“Hablar de patria potestad como derecho natural de los padres, importa tanto como reconocer que los poderes que de ella derivan no resultan de una mera concesión del Estado, sino que preexisten al mismo. Y como lógica consecuencia, que éste no puede negárselos a los progenitores, sino únicamente regularlos, asegurando su correcto ejercicio.”⁴⁶

En este sentido, la relación entre progenitores e hijos es un hecho biológico, que se regula por parte del Estado, con el reconocimiento legal que se da del mismo, de donde surge como una institución derivada de la filiación; es en este momento donde nace el derecho y deber tanto del padre como de los hijos no emancipados.

En la patria potestad como ya hemos establecido emergen dos derechos, uno objetivo que regula el derecho y deber tanto del padre y de los hijos no emancipados; y el derecho subjetivo que no es más que la voluntad de querer materializar el derecho objetivo o norma jurídica establecida; aún cuando se establezca por varios autores del ámbito familiar que la patria potestad únicamente otorga plenamente derechos objetivos y subjetivos a los progenitores, por tener la capacidad de ejercicio para poder llevar a cabo los fines de esta institución jurídica, que busca todo lo benéfico para el hijo no emancipado en su persona y bienes; es innegable que también al hijo no emancipado le otorga de igual forma un derecho objetivo y subjetivo, y aún cuando este último no tenga la capacidad de ejercicio para ejercerlo, este será materializado con el ejercicio que hagan sus progenitores del derecho que le corresponde; por tal motivo, pareciera que existe

⁴⁶ CAFFERATA José Ignacio, *La Guarda de Menores*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p.16.

un solo derecho y deber, el de los progenitores por ser quienes pueden materializar el derecho que pudiera corresponderle al menor de edad no emancipado, y al ejercitarlo de igual forma los progenitores están ejerciendo un derecho propio, que es sin duda el Derecho a que se les reconozca el cumplimiento de su deber; sin embargo se debe siempre hablar de dualidad de derechos objetivos y subjetivos que corresponden a los progenitores y a los hijos no emancipados, por contemplar el supuesto de un conflicto de intereses entre los progenitores entre sí y en relación directa con los hijos no emancipados, en donde a mi consideración debe prevalecer el derecho del menor de edad como un interés superior al de los progenitores o de quienes ejerzan la patria potestad de ellos; en donde sus derechos objetivos y subjetivos deberán ser representados por el Estado a través de la autoridad judicial.

La autora Lloveras Nora indica:

“El autoritarismo familiar también llegó a su fin: ambos, el padre y la madre, ejercen la autoridad. Y ante la disidencia, la ley exige a los padres su acuerdo en el seno de la familia; y si ello no fuere posible, el juez dispondrá lo más oportuno para el menor, o el interés familiar en su caso. Pero, si los desacuerdos fueren reiterados o concurra una causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores la autoridad, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que se fijará y no podrá exceder de dos años.”⁴⁷

En este mismo sentido la autora Rivero de Arhancet Maribel refiere:

“Creemos no obstante, que los derechos del niño son derechos subjetivos para ejercer los cuales carece de la capacidad de obrar a que hace referencia *MESSINEO*, o capacidad de ejercicio como Colín y Capitán, teniendo una voluntad especial de querer. Al llegar a la mayoría de edad adquirirá esa capacidad de obrar o de ejercicio, si previamente no fue emancipado o habilitado, en cuyo caso adquirirá una capacidad de obrar limitada.”⁴⁸

⁴⁷ LLOVERAS Nora, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1986, p.11.

⁴⁸ RIVERO de Arhancet Maribel, *Patria Potestad, Guarda y Tenencia*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2a. ed. Uruguay, 1991, p. 12.

Aunque brevemente, señalo que existen diversos deberes y derechos o facultades, tanto de los progenitores hacia sus hijos y viceversa, como son el respeto y obediencia de los hijos hacia sus progenitores, en caso contrario existe la corrección disciplinaria mesurada que puedan hacer los progenitores; por otro lado los progenitores tienen el deber y con esto cumplir un derecho que se les asignó de proporcionar una protección integral física y mental a los menores no emancipados.

El autor Bellusco Augusto señala:

“Ha quedado definida la patria potestad como un conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores. De esta definición no ha de extraerse la consecuencia de una separación tajante entre derechos y deberes, por el contrario es característica esencial de los derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia la de que impliquen deberes correlativos a la vez derechos y deberes, lo que ha hecho que se les califique de derechos-deberes, derechos-funciones. En la patria potestad se da muy especialmente esta situación, sin perjuicio de que en algunos aspectos existan derechos o deberes que sean puramente tales.”⁴⁹

Es importante destacar que los derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad deben ser vigilados por la autoridad judicial cuando estos se ejerzan en contra de los derechos del menor de edad; por lo tanto se le debe considerar a éste último como sujeto de derechos y de protección.

d) Esta institución señalada es temporal, en virtud de que se ejercerá hasta que el menor de edad se emancipe o cumpla su mayoría de edad.

La patria potestad tiene diversas formas de terminarse en donde se incluye la emancipación, al respecto De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael señalan:

“Acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona (art. 641 y

⁴⁹ BELLUSCO Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. dh Astrea, 7a. ed. Buenos Aires, 2002, p.35.

644 del Código Civil para el Distrito Federal). Nuestro Código Civil reconoce solamente la emancipación a virtud del matrimonio. Así, el matrimonio del menor de dieciocho años de edad produce de derecho su emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva durante la minoría del cónyuge, éste no recaerá en la patria potestad.”⁵⁰

Cuando en las definiciones de patria potestad señalan que esta institución jurídica, se podrá ejercer por los progenitores respecto de sus hijos mientras estos no se emancipen o cumplan la mayoría de edad; están estableciendo dos supuestos de terminarse la patria potestad.

En este orden de ideas al hablar de emancipación debemos de entender únicamente el hecho de que el menor de edad contraiga nupcias civiles, y para tal efecto la ley establece el tiempo para que este pueda contraer siendo menor de edad, y con el consentimiento que den sus progenitores para celebrar este acto jurídico, de igual manera al hablar de mayoría de edad, la ley civil infiere cuando se adquiere la misma, y al actualizarse este supuesto se terminará la patria potestad.

El Código Civil para el Estado de México señala:

“Art. 4.4. Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los jueces de Primera instancia pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.”

“Art. 4.5. Los que no hayan cumplido dieciocho años, requieren para contraer matrimonio el consentimiento de algunos de los que ejerzan sobre ellos la patria potestad. Faltando éstos, se requiere el consentimiento del tutor; y a falta de éste, el Juez de Primera Instancia, suplirá o no el consentimiento. El mismo procedimiento se seguirá en caso de negativa o revocación del consentimiento.”

“Art. 4.339. La mayoría de edad comienza al cumplir dieciocho años.”

El término emancipación, es considerado en forma amplia como la salida del hijo de la patria potestad, sin que quede sometido a ninguna otra como sería la

⁵⁰ DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *op. cit.* p. 262.

tutela, y adquiera la plena capacidad de obrar, cuando este alcance la mayoría de edad; por lo que al establecer que un hijo pueda emanciparse con el matrimonio, debe establecerse como una emancipación limitada, por causa que no podrá ejecutar actos de dominio respecto de sus bienes.

“Art. 4.231. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para ejecutar actos de dominio respecto de sus bienes, para lo cual requiere de autorización judicial, tampoco podrán comparecer a juicio, sino a través de tutor.”

Es trascendente enfatizar, que el concepto de patria potestad contempla dos formas en que puede concluir la misma; sin embargo la ley establece otras dos formas una lógica natural y otra legal, en que puede terminarse también dar por terminada la patria potestad y que en los conceptos en que se dan no los contemplan.

“Art. 4.223. La patria potestad se acaba:
I.- Con la muerte del que la ejerce.
II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.
III.- Por mayoría de edad.
IV. Por adopción simple.”

Después de haber comparado diversos conceptos que autores han dado a la patria potestad, y en donde se subraya lo eficiente o deficiente en los términos utilizados en los mismos, es importante conocer también sus características para estar en posibilidad de dar un concepto idóneo de la patria potestad.

2.1.1 CARACTERÍSTICAS

La institución jurídica de la patria potestad tiene características que diversos autores como Ignacio Galindo Garfias, Julio J. López del Carril, Manuel Chávez Asencio y Sara Montero Duhalt han considerando para su estudio, como son: la irrenunciabilidad, intrasmitibilidad, e imprescriptibilidad.

El autor López del Carril Julio J. señala: “Es toda claridad que los caracteres de la patria potestad se relacionan con su naturaleza jurídica. Fundamentalmente goza de tres caracteres: irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad, sin perjuicio de la existencia de algún otro carácter de menor entidad.”⁵¹

a) La irrenunciabilidad. En la patria potestad no se acepta que sea renunciable, la ley permite únicamente que sea excusable; el Estado no permite que se renuncien derechos que afecten el interés público o que afecten a terceros; sólo se permite la renuncia de derechos privados que no afecte el orden público.

El autor Chávez Asensio Manuel F. menciona: “Imaginemos lo que sería si la patria potestad pudiera renunciarse; habría más hijos sin padres o abandonados de los que observamos ordinariamente en nuestra comunidad nacional.”⁵²

El Código Civil del Estado de México señala:

“Artículo 1.3. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo Pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros.”

“Artículo 4.226. La patria potestad no es renunciable, pero a quienes corresponda ejercerla podrán excusarse:
I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos.
II.- Cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.”

Esta es una característica de gran importancia, por causa que la patria potestad contempla un derecho de deber de los padres a favor de los hijos menores no emancipados y una renuncia implicaría el sustraerse al cumplimiento del citado deber integral de protección que deben proporcionar al menor de edad no emancipado.

⁵¹ LÓPEZ del Carril Julio J., *op. cit.* p. 23.

⁵² CHÁVEZ Asensio Manuel F., *op. cit.* p. 288.

El autor López del Carril Julio J. refiere: “Cicu sostiene que la naturaleza del derecho familiar, y que la patria potestad integra, de donde se deriva que éste no puede ser traída al derecho de disposición, de tal manera que, llamados los padres, en calidad de tales a llenar las funciones de la patria potestad deben ejercerla inexorablemente.”⁵³

En el derecho comparado, diversos países de Europa y América, al hablar de esta característica de la patria potestad adoptan al igual que México, que no puede haber renuncia total o parcial, transacción o acuerdos hechos con terceros respecto de la patria potestad.

El mismo autor citado anteriormente señala:

“En Francia, en donde los derechos emergentes de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares o matrimoniales, que son totalmente nulas. En el Derecho Italiano, la interpretación doctrinal señala que la patria potestad no es renunciable total o parcialmente. En el Derecho Argentino, donde la patria potestad es de orden público, y las convenciones realizadas por lo padres con terceros, ya sea con intervención o no del menor hijo, tendientes a modificar las normas que rigen la patria potestad o renunciar al deber de protección y a la patria potestad misma en sus aspectos personales o patrimoniales son nulas de pleno derecho.”⁵⁴

Es innegable que la irrenunciabilidad, es una característica en la patria potestad, por el valor de interés público que tiene para el Estado, y con ello evitar que se vulnere a la familia y por ende a sus integrantes, siendo el más afectado el menor de edad no emancipado; no debe confundirse la irrenunciabilidad de la patria potestad que de derecho no esta permitida, con el abandono ilegal por parte de los progenitores o uno de ellos que hacen de la patria potestad, causando perjuicio a la familia y al menor de edad.

⁵³ LÓPEZ del Carril. Julio J., *op. cit.* p. 23.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 24.

b) Intransmitibilidad. Esta característica debe ser entendida como el no permitir que otra persona ajena a los padres ejerza la patria potestad que por ley les corresponde únicamente a ellos; es decir no existirá una delegación de ese derecho y de deberes que tienen respecto los menores no emancipados sus padres; el que otra persona ajena de ellos tenga la titularidad de ese derecho de patria potestad significa que los padres ya no pueden ejercerla, como sería el caso de la muerte de ambos padres, en cuyo caso tendrían ese derecho los abuelos maternos y paternos y no por consentimiento de los padres muertos; en caso de la adopción, existe contradicción al considerar que los padres que dan en adopción a sus hijos están delegando el derecho de patria potestad, esto es incorrecto; lo que ocurre es que la patria potestad que los padres tenían respecto de sus hijos menores que darán en adopción se acaba, para dar comienzo a una nueva patria potestad que surgirá entre el adoptado y adoptante; este último no ejercerá el derecho de los anteriores padres, ejercerá el propio, en beneficio de la familia que ahora formará.

El autor López del Carril Julio J señala: “La patria potestad pertenece al grupo de los derechos familiares que son intransmitibles y, por tanto, indelegables; en consecuencia, la doctrina admite que la patria potestad es de orden público y se halla fuera del comercio.”⁵⁵

Por su parte el autor Chávez Asensio Manuel F. indica:

“Los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación. Corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.

Los deberes familiares, como son los inherentes a la patria potestad son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado a lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.”⁵⁶

⁵⁵ LÓPEZ del Carril Julio J., *op. cit.* p. 25.

⁵⁶ CHÁVEZ Asensio Manuel F., *op. cit.* p. 289.

c) Imprescriptibilidad. La patria potestad no se adquiere o se extingue por el transcurso del tiempo; ésta, surge cuando existe el reconocimiento legal de los hijos, y termina cuando se emancipan o adquieren la mayoría de edad; como se observa presenta una característica de temporalidad, que no se debe considerar por esta razón que pueda prescribir este derecho y deber, que nace de la patria potestad; para mayor entendimiento el Código Civil del Estado de México señala que las obligaciones que no están en el comercio no son sujetas de la prescripción, y la institución jurídica de la patria potestad como hemos venido señalando no lo está, por tal razón es otra de sus características la imprescriptibilidad.

El Código Civil del Estado de México señala:

“Artículo 7.467. Sólo pueden extinguirse mediante la prescripción las obligaciones que estén en el comercio.”

La prescripción se le define de acuerdo a De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael como: “Medio de adquirir bienes (positiva) o de librarse de obligaciones (negativa) mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas al efecto por la ley (arts.1135 a 1180 del Código Civil para el Distrito Federal).”⁵⁷

Por su parte el autor López del Carril Julio J. señala:

“Si las acciones de estado son imprescriptibles, la patria potestad, en cuanto forma parte del estado familiar y del derecho objetivo y subjetivo familiar y también la prohibición de celebrar convenciones y transacciones, y como la institución que tratamos se halla fuera del comercio y, por tanto, es de orden público y no pueden celebrarse convenciones, la doctrina enseña, con Messineo, que algunos derechos familiares están en decadencia pero ninguno es prescriptible.”⁵⁸

A continuación se abordaran otras características que le han sido asignados a la patria potestad:

⁵⁷ DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *op. cit.* p. 415.

⁵⁸ LÓPEZ del Carril Julio J., *op. cit.* p.26.

e) La temporalidad. La patria potestad como ya anteriormente se explicó, podrá ser ejercida antes de que los menores se emancipen y esto puede ocurrir cuando contraigan matrimonio, contando la mujer con catorce años y el varón teniendo dieciséis años, o cuando adquieran su mayoría de edad que es a los 18 años. Al establecer que antes de ese tiempo podrá ser ejercida la patria potestad le están otorgando una característica de temporalidad.

También es temporal, en virtud de que pueden haber supuestos en que se extinga la patria potestad antes del tiempo marcado por la ley para que se termine el ejercicio de esta institución jurídica; como serían la muerte de los padres, y que los abuelos no puedan ejercer este derecho ya sea por haber muerto o por tener una causa que los excuse para ejercerla permitida por la ley.

El autor Chávez Ascencio Manuel F. señala: “A diferencia de la original patria potestad al estilo romano, actualmente es temporal. Termina o se acaba “I) con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga; II) con la emancipación derivada del matrimonio; III) por la mayoría de edad del hijo” (Art.443 C.C.).”⁵⁹

f) La representación legal. La patria potestad genera una representación legal de los progenitores hacia sus menores hijos no emancipados respecto de su persona y de sus bienes; de la representación legal de su persona, se comprende la protección integral del menor en aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia; respecto de la representación legal de sus bienes se va a entender toda la administración que se pueda dar a los mismos. Al concluir la patria potestad la representación legal finaliza.

g) Es ejercida la patria potestad por ambos progenitores o por uno sólo. Esta característica es inherente al momento que surge esta institución jurídica,

⁵⁹ CHÁVEZ Ascencio Manuel F., *op. cit.* p. 288.

por ser los padres los únicos que podrán ejercerla en un primer plano, es importante aclarar que existen los supuestos en los cuales uno de los progenitores podrá ejercitarla, y es cuando uno de los progenitores haya muerto, o se le haya quitado este derecho por sentencia judicial, asimismo cuando un menor de edad comparezca a juicio sólo necesita la representación de uno de sus padres, y cuando por acuerdo convienen ambos progenitores que uno sólo de ellos llevará la administración de los bienes del menor, con la excepción de que se le consulte en situaciones de importancia en la administración.

El mismo autor antes citado precisa:

“En nuestro derecho, como ya dijimos, participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos. Sólo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieran ejercer la patria potestad, lo hará el que quede. Ésta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio la patria potestad la ejercía en forma soberana sólo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta, ni era capaz de administrar sus propios bienes.”⁶⁰

El Código Civil del Estado de México señala: “Artículo 4.210. Uno sólo de los que ejercen la patria potestad podrá representar al hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su cónyuge, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.”

Es pertinente comentar que la ley civil establece limitantes para quienes ejercen la patria potestad, lo que significa una medida de protección para el menor de edad dada la vigilancia que dará la autoridad judicial en los actos legales en que intervenga con representación de quienes ejerzan la patria potestad.

2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA

La patria potestad la han considerado varios autores en sus definiciones como una institución, como un poder-función, como un poder-deber, derechos-

⁶⁰ *Ibidem*, p. 284.

obligaciones, en todas ellas a cargo de los padres. Y es importante establecer cual de estos términos son los adecuados hoy en día para establecer su naturaleza jurídica.

El autor Chávez Ascencio Manuel F. señala:

“También Puig Peña señala que la patria potestad es una institución jurídica; es decir, el trasunto en la ley de la situación de hecho que surge en las relaciones paterno-filiales. La ley la disciplina, y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución”.⁶¹

Una institución jurídica es definida por De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael como: “Conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo, por consiguiente, un ensayo más o menos definido de tipificación de las relaciones civiles (Demófilo de Buen).”⁶²

Al ser reguladas en el ordenamiento legal las relaciones paternas filiales en donde se incluye la patria potestad, se ha elevado a esa categoría de institución jurídica, no existe objeción alguna de considerarla como tal a la patria potestad.

Por otra parte, ya anteriormente se ha hablado de los términos poder, deber, derecho y obligación, y para efecto de obtener la naturaleza jurídica de esta institución señalo que, los padres necesitan una voluntad y aceptación real del derecho subjetivo o facultad que otorga la norma jurídica que contempla la patria potestad, para ejercerla en forma conciente.

Consideró que hablar de poder o poderes en la patria potestad, puede ser interpretada de dos formas; en primer lugar como una facultad de representación legal que se da en las relaciones paterno filiales, y en segundo lugar como la potestad o el reconocimiento que la ley da a los progenitores como un órgano de autoridad del que quedará subordinado el menor de edad.

⁶¹ *Ibidem*, p. 280.

⁶² DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *op. cit.* p. 325.

En la patria potestad se utiliza el término poder cuando se habla de la representación legal de los padres en los bienes del menor de edad; y considero que suele confundirse, cuando se habla de poderes que tienen los padres respecto de sus menores hijos, pero entendiendo esta palabra como una potestad que ejercen los padres hacia su prole; en este caso los poderes deben entenderse que son dados siempre relacionados a deberes por realizar en beneficio integral del menor de edad no emancipado. Por lo que respecta a las obligaciones señalo que se ha confundido con el término deber, para señalar la responsabilidad que tienen los padres hacia los hijos en la patria potestad, en virtud de que la obligación se refiere a cuestiones patrimoniales únicamente.

Los mismos autores citados señalan: “Potestad. Atribución jurídica conferida a un órgano de autoridad”.⁶³

Por su parte el autor Chávez Asensio Manuel F. refiere:

“Poder. Desde este punto de vista se hace referencia a la autoridad, y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad”.⁶⁴

La patria potestad no debe ser o entendida como un poder absoluto del padre o la madre hacia sus menores hijos, sino como un poder que contiene deberes a realizar en beneficio de sus hijos menores.

El autor López del Carril Julio J. indica: “Algunos juristas estiman que la idea deber-función en la patria potestad es sólo un aspecto de la evolución de la familia. En resumen: la naturaleza jurídica de la patria potestad es un derecho-

⁶³ *Ibidem*, p. 413.

⁶⁴ CHÁVEZ Asensio Manuel F., *op. cit.* p. 280.

función a cargo de los padres, cuyo derecho-función integra el derecho subjetivo familiar”⁶⁵

Por su parte y contradiciendo lo antes citado señala el autor De la Cruz Berdejo José:

“Como en la mayoría de los ordenamientos actuales, la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un *officium* que genera una potestad que el Derecho Positivo, conforme al natural, atribuye, un carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo. No siempre tuvo la patria potestad el actual sentido altruista, ni estuvo polarizado por el interés del hijo.”⁶⁶

Es trascendente entender a la patria potestad como un poder que debe ser ejercido no en forma arbitraria, si no con la finalidad primaria de cumplir deberes que beneficien a los menores de edad, que en caso de no ser de esta forma el Estado a través de su aparato judicial deberá hacer cumplirlos.

2.2 ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

El concepto de patria potestad debe definirse correctamente atendiendo sus características y naturaleza jurídica, para que se comprenda ampliamente esta institución jurídica, en virtud de que contempla un derecho paterno filial de deberes de representación legal y protección integral hacia el menor de edad en distintos ámbitos reconocidos a nivel internacional y nacional, en los que quedan incluidos los intereses de los menores; los cuales serán materia de estudio en el presente trabajo recepcional.

La autora Lloveras Nora indica:

“Las palabras de la ley hacen posible que todos puedan entender los fines de la institución: la protección y la formación integral son expresiones del

⁶⁵ LÓPEZ del Carril. Julio J., *op. cit* p.18.

⁶⁶ DE LA CRUZ Berdejo José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Dickinson, España, 2002, p. 409.

lenguaje común, cotidiano a los ciudadanos argentinos. Este esfuerzo del legislador de 1985 por aproximar la norma al entendimiento medio debe ser elogiado. La regulación del ejercicio de la patria potestad ha sido prolijamente contemplada en la segunda parte del art. 264 del Código Civil, distinguiendo cada una de las situaciones en que puedan hallarse padres e hijos. Es, en definitiva, la guarda del hijo la que decide la atribución del ejercicio de la autoridad”.⁶⁷

En la actualidad los padres que tienen hijos menores de edad, o se encuentran dirimiendo controversias jurídico familiares ante los tribunales, en una gran mayoría no entienden su verdadero significado de la patria potestad y por ende sus derechos y deberes para con ellos; únicamente buscan que el Juez de lo Familiar decrete en muchos casos la pérdida o suspensión de este derecho a su contraparte, como un menoscabo que sufrirá su contrario, al perder toda relación con su menor hijo, sin importarles el daño que pudiera ocasionarle al menor de edad el que intervenga en un procedimiento judicial o que no se resuelva en prontitud su situación jurídica respecto de sus padres.

Por otra parte, la institución jurídica de la patria potestad en su conceptualización relega la pronta y expedita impartición de justicia que el Estado debe de realizar a través del aparato judicial, cuando un menor se encuentre en un proceso judicial en donde quienes ejercen la patria potestad de él, lo hayan promovido; es en este rubro donde se presenta un mayor perjuicio psico-emocional al menor de edad, al no resolverse rápidamente el referido proceso judicial; el Juez de lo familiar no se allega de los medios de prueba en forma rápida pudiendolo hacer, espera por lo regular que el periodo probatorio termine para efecto de solicitar dictámenes periciales de trabajo social y psicología y recabar la opinión del menor de edad para decidir sobre cualquier aspecto de la patria potestad que le pudiera afectar.

Los Jueces de lo familiar deben de dar certidumbre inmediata al menor de edad al tener un derecho preferente al de sus progenitores, con ello se observara

⁶⁷ LLOVERAS Nora, *op. cit.* p. 19.

la participación eficiente del Estado a través de sus órganos de justicia, resolviendo controversias legales que hoy en día son de gran importancia en la sociedad mexicana.

El autor Chávez Asensio Manuel F. señala:

“La justificación de la intervención estatal está en la necesidad de proteger a los menores. Frecuentemente es conocer noticia sobre maltrato de los menores, golpes, abandonos que no es posible que la sociedad tolere, razón por la cual la autoridad tiene que estar presente, para que el ejercicio de la patria potestad se haga en beneficio del hijo.”⁶⁸

El concepto de la patria potestad, debe comprender sus características y naturaleza jurídica, siendo relevante a mi consideración el papel preponderante que el Estado debe tomar en el ámbito del orden público para intervenir de oficio, cuando se estén dirimiendo controversias de derechos del menor de edad, con el objeto de definirle al menor de edad no emancipado su situación jurídica lo más pronto posible, dejando a un lado las pretensiones privadas y en contrario que tengan los padres o quienes ejerzan este derecho.

La patria potestad considero que debe tener la siguiente definición: es la responsabilidad parental consistente en el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres cumplir eficientemente sobre la persona y bienes de los hijos, así como la protección y desarrollo integral en sus aspectos físico, moral, educacional, social, su guarda y custodia y la administración de su patrimonio, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado; logrando con esto atender el interés superior del menor de edad; correspondiéndole a la autoridad judicial velar que éste interés no sufra detrimento alguno.

El autor Cafferata José Ignacio refiere al respecto:

“...algunos derechos subjetivos familiares, como auténticos derechos subjetivos, consagran un poder al servicio de un interés del titular, pero otros, son en sí mismos medios para la satisfacción del interés de otro

⁶⁸ CHAVEZ Asensio Manuel F., *op. cit.* p. 291

sujeto. El Derecho subjetivo de este último yuxtapone al derecho subjetivo doblemente funcional, un deber jurídico que lo penetra sin anularlo, lo califica y lo condiciona en su ejercicio, imponiéndose en su normal dinamismo y a la actividad jurisdiccional encargarla de ratificarlo o sancionar su desviación.”⁶⁹

2.3 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD CONTEMPLADO EN LA PATRIA POTESTAD

En el Código Civil del Estado de México se menciona a la institución jurídica de la patria potestad y el interés superior del menor de edad en diversos artículos, sin que se les defina en uno sólo; para efecto de ejemplificar lo mencionado se transcriben los siguientes artículos que son relevantes para tal objeto.

El Código Civil del Estado de México señala:

“Art. 4201. Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.”

“Art. 4.202. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.”

“Art. 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.”

“Art. 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

I Por el padre y la madre.

II Por el abuelo y la abuela maternos;

III Por el abuelo y la abuela paternos.

IV Tratándose de controversias entre los abuelos, el Juez decidirá tomando en cuenta los intereses del menor.”

“Art. 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.”

⁶⁹ CAFFERATA José Ignacio, *op. cit.* p. 15.

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

“Art. 4.206. En la adopción simple la patria potestad sólo la ejercen los adoptantes.”

“Art. Art. 4.208. Los que ejercen la patria potestad tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ella y la obligación de realizar actos tendentes a conservar y mejorar su patrimonio.”

“Art. 4.223. La patria potestad se acaba:

I.- Con la muerte del que la ejerce.

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

III.- Por mayoría de edad.

IV. Por adopción simple.”

“Art. 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 y custodia por mas de dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan un 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, excepto ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada legalmente reconocidas, en los términos provistos por el Código Civil y Procedimientos Civiles del Estado de México.

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

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

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.”

“Art. 4.227. Los ascendientes aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus descendientes.”

“Art. 4.228. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor de edad, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I.- Los que ejerzan la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II.- Si no llegan a ningún acuerdo:

- a) Los menores de diez años quedaran al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.
- b) El Juez, después de oír a los interesados decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce.
- c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

El Código Civil del Estado de México no contempla un concepto de patria potestad mucho menos el de interés superior del menor de edad, no obstante da elementos a considerar para poder definir ambos; en este orden de ideas, en el de derecho actual a la patria potestad se le debe entender como el derecho y deber que otorga la ley a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos no emancipados, con la finalidad siempre de cumplir ese derecho de deber que le fue dado, que implican toda protección integral del menor en aspectos físicos y psicológicos, guarda y custodia, representación legal y administración; asimismo el derecho del menor de edad que debe prevalecer sobre los intereses de los padres cuando se encuentren dirimiendo controversias sobre la persona y bienes de él, y el Estado como el encargado de velar ese derecho en forma oficiosa y pronta; en conclusión la patria potestad debe ser un reflejo del deber de los padres hacia sus hijos mientras no estén emancipados, y siempre reconociendo esta institución jurídica en beneficio de los infantes, señalando que el debido cumplimiento del derecho y deberes que emanan de la patria potestad es lo que podemos llamar interés superior del menor de edad.

El Código Civil del Estado de México en los diversos artículos citados se aprecian los siguientes elementos a considerar para poder entender la institución jurídica de la patria potestad y por ende el interés superior del menor de edad.

- a) Respeto y consideración entre hijos y ascendientes.
- b) Personas sobre las que se ejercerá la patria potestad.
- c) Aspectos que comprenden la patria potestad.
- d) El orden de las personas que deben ejercer la patria potestad
- e) En caso de separación de la pareja quien ejercerá la patria potestad.
- f) La administración de los bienes del menor por quien ejerce patria potestad.
- g) Conclusión de la patria potestad.
- h) Pérdida de la patria potestad por sentencia.
- i) Obligaciones del que pierde la patria potestad.
- j) Guarda y custodia en la patria potestad.

Los preceptos legales que refieren a la institución jurídica de la patria potestad se observan:

- 1.- Derechos y deberes en los incisos: a),c) y f).
- 2.- Personas a quienes le corresponde ejercer la patria potestad: b) y d).
- 3.- Conclusión de la patria potestad: g)
- 4.- Todo lo relativo a la patria potestad en procedimientos judiciales: j) i) e) y h).

Es trascendente que se establezca en el concepto moderno de la patria potestad la intervención directa y oficiosa que debe dar el Estado a través de su órgano de justicia, tratándose de asuntos relacionados con el menor de edad no emancipado, que son de gran apremio para no afectarlos física y psicológicamente por el riesgo y desgaste respectivamente que sufren en procesos judiciales en los que intervienen, para efecto de proteger lo que se conoce como interés superior del menor de edad.

La autora Lloveras Nora señala:

“La modelización del ejercicio de la patria potestad siempre en beneficio del hijo, la igualdad de los progenitores en la autoridad en que participan, la posibilidad del desacuerdo que no resuelto en el seno del grupo debe decidir un órgano ajeno a él –el juez-, muestran ya a las claras que la familia argentina es una familia de iguales: son tales los hijos ante la ley, y también los padres.”⁷⁰

En los preceptos legales que refieren al menor de edad cuando atraviesa un conflicto judicial se ve claramente la intervención que hace el Estado a través de la autoridad judicial para proteger el interés superior del menor de edad, debiendo reconocer por otro lado que su intervención no es pronta y expedita, en mi opinión se lograría que esto ocurriera si su intervención fuera de manera oficiosa al momento de conocer un asunto legal donde intervenga un menor de edad, con el propósito de allegarse de material probatorio para definir lo mejor en beneficio del menor de edad en forma provisional y por ende en definitiva, dado que es posible lógica y jurídicamente que si espera que se agote el material probatorio aportado por las partes, para posteriormente solicitar dictámenes periciales y psicológicos así como recabar la opinión del menor, se le estará ocasionando un daño al menor de edad mientras dura el proceso legal en que intervenga, dado que el material probatorio que él, oficiosamente se allegue aportará elementos que indiquen quien de los que ejercen la patria potestad es más apto para tenerlo bajo su guarda y custodia durante un tiempo que dure el proceso legal, de no ser así insisto se le estará ocasionando un perjuicio emocional al menor de edad, precisamente por no darle estabilidad inmediata de parte de quien debe impartir justicia.

Al hablar del Código Civil del Estado de México y de su falta de atención de protección del interés superior del menor de edad es importante señalar que el autor De la Cruz Berdejo José Luis señala:

⁷⁰ LLOVERAS Nora, *op. cit.* p. 9

“...la normativa referente a los hijos es mucho más extensa y explícita que la concerniente a la familia. Contiene, incluso, manifestaciones claramente hiperbólicas, como la oferta de una protección integral de los hijos por el poder público, frase sonora que plantea al poder público, como primer problema, el de la integridad de esa protección estatal, territorial o municipal, cuya puesta en práctica puede entrar en conflicto con los derechos que tradicionalmente vienen reconociéndose a los padres, y en todo caso requeriría medios cuantiosos; y como ulterior cuestión, la de discernir quiénes son los hijos protegidos integralmente, porque de momento, y mientras no se ponga a punto otro procedimiento de producción de seres humanos, hijos somos todos, incluso los octogenarios o bien aquellos cuyos progenitores no son legalmente conocidos.”⁷¹

El autor Rojina Villegas Indica: “Porque finalmente el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y tutela, mediante la intervención del Juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.”⁷²

Es evidente la intervención del Estado a través de su órgano impartidor de justicia, para que dirima controversias judiciales de patria potestad, teniendo que ser esta intervención de manera oficiosa pronta, rápida y expedita, dándole con ello principios e intereses superiores de protección a la institución jurídica de la patria potestad y por ende a los derechos del menor de edad frente a los que ejercen su patria potestad.

Por otra parte, el Título Séptimo y Capítulos I, II, y III, que contemplan la institución jurídica de la patria potestad deben contemplar los tres siguientes aspectos:

1.- Que se sustituya el término obligación por el de deber; una obligación ligado a lo patrimonial como lo establece el propio Código sustantivo y las relaciones familiares donde se incluye la patria potestad; por lo tanto existe

⁷¹ DE LA CRUZ Berdejo José Luis, *op. cit.* p. 14.

⁷² ROJINA Villegas Rafael., *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, Ed. Porrúa, 17a. ed. 1980, p. 213.

confusión al utilizar la palabra obligación para manifestar la responsabilidad que nace de la relación paterno filial entre padre e hijos no emancipados; la palabra correcta es deber.

2.- Que se contemple dentro de los aspectos que comprenda la patria potestad, una protección integral que proporcione el Estado de oficio, pronta y expedita, cuando exista controversias judiciales de sus padres.

3.- Que se defina y establezca los supuestos contemplara los intereses del menor, de acuerdo a lo establecido internacional, nacional y estatalmente.

La autora Llovera Nora señala:

“Además de lo expresado, y como lo sostiene Diez Picazo, la cláusula de beneficio de los hijos constituye un criterio selector entre las distintas opciones que con relación a los hijos se pueden adoptar: los padres y eventualmente el juez deben elegir lo que resulte más conveniente para la protección y formación plena del menor, regla que en el caso de conflicto de intereses adquirirá gran relevancia. La formación y protección integral de los hijos sin duda deberá ser perfilada en cada caso concreto. A ese fin deberá tenerse en cuenta la edad del hijo, la educación institucional recibida, los establecimientos a que ha concurrido, las dificultades físicas, el estado general de salud, sus aptitudes especiales, si tiene o no hermanos, el nivel social del grupo familiar, etc.”⁷³

Es por los argumentos vertidos que debe establecerse una regulación más eficaz en el Código Civil del Estado de México que contemple el interés superior del menor de edad en la patria potestad, para beneficio de la niñez mexiquense.

2.3.1 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CONTRARIOS AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

El Código Civil del Estado de México menciona en diversos artículos, al interés superior del menor de edad, sin que defina que debe entenderse por el

⁷³ LLOVERAS Nora, *op. cit.* p. 150.

mismo, lo que ocasiona una confusión de interpretar que debe considerarse como interés superior del menor y que debe contemplar el derecho positivo y del cual debe defender a ultranza el Estado por estar contemplado en normas de orden público.

La Suprema Corte sin embargo se ha pronunciado al respecto al establecer la siguiente tesis aislada, que se transcribe:

Materia: Civil.
Novéna Época.
Instancia: Primera Sala.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
Tomo XXVI, Julio de 2007.
Tesis 1ª. CXLI/2007.
Página: 265.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3,4,6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión “interés superior del niño”...implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativas a la vida del niño.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

No obstante lo antes mencionado no se delimitan en qué consistirán las medidas concernientes a la protección del interés superior del menor de edad, pudiendo ser muy amplias o reducidas las referidas medidas desde cualquier óptica.

En este orden de ideas el Código Civil del Estado de México menciona:

“Art 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.

Art. 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.”

El interés del menor se menciona cuando la autoridad judicial tenga que tomar una decisión sobre quien de los padres ejercerá la guarda y custodia, al no haberse puesto de acuerdo ellos; esto refiere que el Juez en este momento tomará decisiones que repercutirán sobre el menor de edad, para determinar en justicia lo más benéfico para él, tratándose de la guarda y custodia que ejercerá su padre o madre; es importante señalar que al carecer de disposiciones legales que precisen claramente el significado de interés superior del menor, el Juez de acuerdo a sus facultades que le permite la ley adjetiva, resolverá la controversia judicial que le es planteada, buscando en todo momento la interpretación más exacta de la norma jurídica para dar validez a sus actuaciones.

Como se ha venido desarrollando en este capítulo, se aprecia que el Código Civil de la entidad define a la patria potestad y el interés superior del menor de edad, lo que trae como consecuencia una serie de confusiones jurídicas, que únicamente ocasionan un perjuicio al menor de edad, cuando atraviesa un conflicto judicial de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad.

Actualmente, la justificación de la intervención judicial se establece de la necesidad de velar por los derechos de los menores de edad, cuando se considere que pueden ser dañados sus intereses, por tal razón todas las medidas que se tomen deben ser tomadas inmediatamente que el menor atraviese un proceso legal como vengo sosteniendo, pudiendo claro modificar dichas

determinaciones cuando exista justificación plena en beneficio de los intereses del menor hijo.

El razonamiento que se da es ante la falta de preceptos legales establecidos en el Código Civil de la entidad que protejan debidamente al menor de edad cuando no se ejerza debidamente la patria potestad, e insisto que existe una vulneración a los intereses del menor de edad al no darle una estabilidad emocional, rápida, pronta y expedita por parte de la autoridad judicial de forma oficiosa ante el conflicto de intereses que puedan tener quienes ejerzan su patria potestad y que repercutan inevitablemente al menor de edad; de darse una intervención oficiosa por así facultarlo una norma jurídica, se lograría que se le diera estabilidad emocional inmediata al menor de edad, sin esperar la discrecionalidad para tomar decisiones por parte de la autoridad judicial; lo anterior se fundamenta en que el Estado es el protector de toda norma jurídica de Orden Público y debe velar por la misma, es decir cuando exista controversia legal entre los padres que tengan relación con el menor de edad, debe prevalecer el intereses de éste, sobre el de ellos, lo que provocaría darle una certidumbre inmediata al menor de edad. Si en una controversia familiar a un menor de edad no se le da estabilidad emocional inmediata estará condenado a tener un daño psicológico y físico incluso que le repercutirá en su vida posteriormente.

El Código Civil del Estado de México señala:

“Art. 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.”

“Art. 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.”

El criterio de todo Juzgador está normado por ciertas reglas, en este caso debe decidir en beneficio del o de la menor y tomando en consideración los intereses superiores de este.

La misma autora citada menciona:

“De todo esto concluimos que la acción precisa, rápida y eficiente de un juzgador en la toma de decisiones relativas a un conflicto familiar relacionado con menores es de vital importancia para cada uno de los miembros del núcleo y para la sociedad, pues en la medida en que se terminen los conflictos en su entorno, los niños y niñas tendrán mayores oportunidades de un desarrollo sano y pleno”.⁷⁴

En este orden de ideas la institución jurídica de la patria potestad esta caracterizada por una diversidad aspectos que comprenden derechos y deberes, los cuales tiene intervención directa, los sujetos a ella (los menores), los que la ejercen (los padres) y el Estado mismo (Juez de lo Familiar); los deberes impuestos a quienes en derecho corresponden con la protección oficiosa del Estado, implica la verdadera naturaleza de la patria potestad.

El descuido de esta institución jurídica ocasionará que en lo futuro se tengan adultos con problemas psicológicos, físicos emocionales, etc; que los reflejaran a sus hijos que tengan en las familias que formen, logrando que adopten los nuevos menores modelos de conductas adquiridos en familias desintegradas, no únicamente producto de los conflictos de los padres, sino de la falta de intervención óptima por parte del Estado para protegerla.

La autora Alicia Pérez Nieto señala:

“Los hijos e hijas, desafortunadamente, son motivo de enconados conflictos entre varones y mujeres. Desde hace más de veinte años he sido testigo de cómo son utilizados por cónyuges, divorciantes o concubinos como una

⁷⁴ *Ibidem*, p. 233.

arma para herir o destruir al otro u otra. Los archivos del Poder Judicial son mudas evidencias de estas afirmaciones “.⁷⁵

Es importante para efecto de evitar que dentro de los conflictos familiares de los padres y que muchas veces poco les importa el sentir de sus menores hijos buscando únicamente perjudicarse, se proteja el interes del menor de edad dada la vulnerabilidad que tiene dada su corta edad.

El interés superior del menor de edad debe ser protegido inmediatamente dándole inmediatamente estabilidad emocional y certidumbre sobre su situación legal al menor de edad en los procesos judiciales donde intervenga, observándose la intervención de oficio pronta y expedita del Juez, para que se allegue del material probatorio para decidir inmediatamente sobre este derecho del menor a ser protegido ante los intereses en contrario que tengan sus padres con éste.

En este orden de ideas el interés superior del menor de edad debe conceptualizarse en toda ley familiar, como la prioridad que se le de a los derechos del menor de edad respecto de los derechos de quienes ejercen su patria potestad o de cualquier otra persona cuando enfrenten o se sometan a un proceso judicial.

La intervención del Estado debe ser eficiente tratándose de problemas que se presentan en la relaciones paterno-filiales, en donde se ubica a la patria potestad, de no hacerlo siempre estará latente un problema que mina a la sociedad y a la familia, causando daños a los más vulnerables, los hijos.

El Distrito Federal ya ha definido que se entiende por interés superior del menor, que sin embargo tampoco contempla el actuar pronto y expedito por parte de la autoridad judicial cuando un menor atraviese un conflicto legal; el Estado de

⁷⁵ PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p. 232.

México no contempla ningún artículo que defina el interés del menor que menciona cuando hace referencia a la patria potestad.

El Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Art. 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional;
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

El Distrito Federal es una de las legislaciones más avanzadas tratándose de interpretar el interés superior del menor de edad, cuestión que todavía la legislación del Estado de México no realiza, en el capítulo siguiente abordaré más profundamente que debe entenderse jurídicamente por este concepto a efecto de delimitarlo lo más posible.

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DE LA PATRIA POTESTAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE
EDAD EN EL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL Y NACIONAL

En este capítulo analizaré la institución jurídica de la patria potestad y el interés superior del menor de edad desde el ámbito internacional, por lo cual será necesario adentrarse a lo que establecen al respecto los Códigos Civiles de diferentes países como son: España, Argentina, Chile, Bolivia y Cuba; con el propósito de establecer la forma como son conceptualizados y evidenciar que existen cuerpo legales que protegen a los menores de edad de manera más pronta y expedita al tener mecanismos legales para hacerlo por lo que la protección pronta, inmediata y expedita que dan los impartidores de justicia al interés superior del menor de edad es significativa, cuando quienes ejerzan la patria potestad diriman una controversia jurídico familiar.

3.1 LA PATRIA POTESTAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El autor Cesar Bellusco Augusto señala por lo que respecta a la patria potestad: "... algunas legislaciones modernas han intentado sustituir la expresión tradicional por otra más adecuada a su actual contenido, así como la extensión a la madre de los derechos y deberes que de ella derivan. Los cuales originariamente sólo correspondían al padre."⁷⁶, en las legislaciones civiles y familiares en el derecho internacional los derechos de la madre se le han reconocido paulatinamente, esto permite aseverar que la institución jurídica de la patria potestad está sujeta a una evolución en cuanto a su concepción, por ello se le reconocen actualmente derechos tanto a la madre como el padre en este contexto, es por tal causa que al menor de edad de igual modo debe de protegersele aún más, creando mecanismos legales eficaces que permitan que el interés superior del menor de edad éste claramente velado por el Estado através de su aparato judicial, cuando quienes ejerzan el derecho de patria potestad no lo protejan debidamente o se encuentren dirimiendo conflictos jurídico familiares por parte de su aparato judicial en el supuesto de que quienes ejerzan el derecho de patria potestad atraviesen un conflicto jurídico familiar.

⁷⁶ CESAR Bellusco Augusto, *op. cit.* p. 353.

3.1.1 EN ESPAÑA

En este sentido ahora trataremos el Código Civil de España, para establecer cómo conciben a la institución jurídica de la patria potestad en su ordenamiento legal, en su Libro I, Título VII, referente a las relaciones paterno-filiales, establece en su Capítulo Primero lo siguiente:

Disposiciones generales

“Artículo 154

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deben ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

“Artículo 155

Los hijos deben:

1. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.
2. Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.”

“Artículo 169

La patria potestad se acaba:

1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
2. Por la emancipación.
3. Por la adopción del hijo.”

Desde el punto de vista jurídico la patria potestad, regulada en el Código Civil Español, no es más que el conjunto de derechos-potestades, que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados así como el conjunto de deberes que también debe de cumplir los padres respecto de sus hijos.

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos señalan:

“El código de familia español ya no habla de patria potestad sino de la potestad del padre y de la madre, pues en la mayoría de los casos el ejercicio es compartido. La “potestad” ya no se refiere a un derecho de contenido autoritario de los padres con relación a los hijos, sino un derecho deber que siempre debe ejercerse en interés del menor o del incapacitado.”⁷⁷

Los padres pueden ser privados de la patria potestad por la falta de ejercicio de los derechos y por incumplimiento de los deberes que se derivan de la misma y siempre por sentencia judicial tras la tramitación del correspondiente juicio ordinario.

En estos artículos se observa que no se establece una definición de lo que debe entenderse por patria potestad, se puede deducir los deberes y derechos de lo redactado en los artículos; sin embargo es de destacar que en esta legislación civil española como ya he señalado, se habla de potestades que tienen los progenitores para ejercer deberes y facultades; asimismo señala un aspecto importante al presente trabajo, en el sentido que al menor de edad debe ser oído antes que la autoridad tome decisiones que indudablemente le repercutan, por tal razón debe entenderse que la autoridad judicial puede recabarle su opinión al menor en cualquier momento en que dure el procedimiento legal que éste

⁷⁷ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p. 40.

presentare, pudiendo suceder al inicio, en el transcurso o al final del mismo, en virtud de que contempla varios supuestos esta legislación en que al menor se le pudieran estar afectando sus intereses.

Es pertinente destacar que no se encuentra un concepto de interés superior del menor de edad, sin embargo es de hacer notar que la autoridad judicial crea mecanismos legales para protección del menor de edad cuando interviene en procesos legales como es el recabarle su opinión.

“Artículo 156

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán validos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce atribuirán ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

“Artículo 158

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dadas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”

“Artículo 159

Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedará los hijos menores de edad. El juez oirá antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”

Se resalta en los preceptuado en los artículos antes citados, la protección del menor de edad al ser tomado en cuenta en los supuestos legales donde a éste se le pueda afectar, en este orden de ideas se pretende que los progenitores tengan un acuerdo respecto de sus hijos en cuanto a la patria potestad y su guarda, en caso contrario el Juez decidirá cuál de los progenitores tendrá al menor de edad, tomando en cuenta la opinión del menor si tuviere suficiente juicio o que este tenga la edad de doce años. La legislación española es clara en cuanto a quien de los progenitores ha de quedarse el menor de edad bajo su guarda, mientras tanto se decide sobre quien de sus progenitores tendrá su guarda definitiva, lo cual considero de suma importancia dado que esta medida da certidumbre al menor inmediatamente a esta situación legal, lo que provoca una disminución al desgaste emocional que sufre un menor de edad que atraviesa un conflicto legal de quien ejerza la patria potestad y que indudablemente le afecta.

El autor Vargas Cabrera Bartolome señala:

“Debe primar siempre el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés de futuro sobre el del presente.

Los definidores de este interés han sido hasta ahora los titulares de potestades familiares y la autoridad judicial en caso de conflicto. La ley 21/87 atribuye importante papel definidor de los intereses de los menores a los entes públicos y al propio menor cuando ha cumplido doce años.”⁷⁸

Como se puede apreciar en la legislación civil española no contempla conceptos tanto de patria potestad como de interés superior del menor de edad, sin embargo consideró que la manera en que la autoridad judicial protege el interés superior del menor de edad es notable dado que hay una regulación para ello, entre las más notables es la facultad del Juez para intervenir de oficio cuando se pudieran estar lesionando derechos del menor de edad por falta de cuidado de estos de quienes ejerzan la patria potestad y que debe ser considerado el interés del menor de edad aún en contra de padres o quien detenten este derecho.

3.1.2 EN ARGENTINA

En este mismo sentido, ahora se analizará la institución jurídica de la patria potestad e interés superior del menor de edad en el país de Argentina, para ello es necesario avocarnos a su Código Civil en su Libro Primero, De las Personas, Sección Segunda, De los derechos personales en las relaciones de familia, Título III, a efecto de determinar primeramente si a la patria potestad como el interés superior del menor de edad se encuentran conceptualizados, para que posteriormente establezcamos si existe en sus preceptos legales una protección eficaz al referido interés por parte de la autoridad judicial cuando quien ejerza la patria potestad no atienda debidamente los derechos de los menores cuando atraviesen un conflicto jurídico familiar. En este sentido su Código Civil establece:

“Art.264.- La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras

⁷⁸ VARGAS Cabrera Bartolomé, *Adopción, Desamparo, Tutela automática y Guarda de menores.*, Ed. Comares, Granada, España, 1994. p.p. 9 y10.

sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediare expresa oposición;

2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación;”

“Art.265.- Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.”

“Art.266.- Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios.”

“Art.278.- Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.”

“Art.306.- La patria potestad se acaba:

1ro. Por la muerte de los padres o de los hijos;

2do. Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquéllos, en institutos monásticos;

3ro. Por llegar los hijos a la mayor edad;

4to. Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización;

5to. Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción.”

El Código Civil de Argentina como se puede apreciar contempla dentro de sus preceptos legales, un concepto legal de lo que debe entender por patria potestad, resaltando los términos de deberes y derechos que tienen los padres sobre el menor de edad y sus bienes; asimismo de los diversos artículos que la

contemplan en forma detallada precisan en qué consisten esos derechos y deberes a los que me he referido, donde ejemplifican cuando inicia y se acaba esta institución jurídica, es de evidenciar que dentro del concepto aludido no contempla que debe entenderse por interés superior del menor, se refiere al mismo únicamente cuando exista un desacuerdo sobre esta institución legal los padres.

Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos señalan:

“El derecho argentino también ha evolucionado; ello porque en la redacción original del Código Civil conceptuaba a la patria potestad como el conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados, de tal suerte que éstos no gozaban de derechos frente a aquéllos, reduciendo al mínimo la posibilidad de reclamos de protección y amparo otorgando importancia a la voluntad del padre de familia.”⁷⁹

La expresión “deber” que antecede a los “derechos”, no es un mero cambio de palabras es sin duda producto, de una redefinición legislativa hecha a la institución jurídica de la patria potestad; antes están los deberes de cuyo cumplimiento se reconocen los derechos de los padres esto sin duda origina un contenido diferente, se busca en todo momento que puedan lograrse los fines de esta: de protección y formación integral de los hijos, como acertadamente agrega la norma, con lo cual se estará protegiendo el interés superior del menor de edad.

Consagra así el derecho argentino un beneficio a los hijos, que es la forma en que se debe ejercer la patria potestad, siempre con la mira puesta en el interés de los hijos, quedando así de lado toda idea de primacía o prerrogativa paterna. Es importante destacar del Código Civil argentino el siguiente artículo.

“Art.264 ter.- En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más

⁷⁹ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p. 42.

conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez, podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años.”

El Código Civil de Argentina, plantea darle una solución rápida y eficaz a los procedimientos legales en donde estén en conflicto derechos sobre la patria potestad de un menor de edad, como ejemplo la guarda y custodia, esta legislación protege de una manera eficaz el interés superior del menor de edad; al recabarle su opinión a éste, al señalar que los procedimientos deben ser breves, al darle facultades al Juez para que intervenga de oficio para allegarse de todos los medios probatorios necesarios para decidir mediante resolución judicial lo más benéfico en prontitud para el menor de edad.

De la redacción de los preceptos legales, se distingue que existe una disposición expresa para proteger el interés superior del menor de edad, precisando varias formas de lograrlas como las analizadas anteriormente e incluso que el ejercicio de la patria potestad pueda ser compartida por ambos padres.

En este mismo sentido el autor Cesar Bellusco Augusto señala tratándose de un interés por proteger del menor de edad como lo es la guarda del menor de edad señala lo siguiente: “El ejercicio de la potestad paterna requiere fundamentalmente la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. Ese derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo recibe la denominación de guarda, y de él derivan otros derechos-deberes, así como consecuencias diversas.”⁸⁰

⁸⁰ BELLUSCO Cesar Augusto, *op. cit.* p. 365.

Es preciso recalcar que precisamente la autoridad judicial debe proteger cada uno de los derechos de los menores como el ahora señalado, en caso contrario se estará atentando la integridad física como emocional de los menores de edad.

Los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos señalan: “Los deberes–derechos característicos del ejercicio de la patria potestad consisten en que los hijos menores están bajo la autoridad y el cuidado de sus padres, quienes tienen a su cargo criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.”⁸¹

La legislación civil argentina protege en prontitud y eficazmente los deberes y derechos que se encuentran en la patria potestad cuando quienes debiendo ejercerlos eficientemente no lo hagan por estar inmersos en controversias judiciales.

3.1.3 EN CHILE

Siguiendo el orden planteado inicial en este capítulo, se analizará la legislación civil de Chile a efecto de establecer si en su cuerpo legal se conceptualiza a la institución jurídica de la patria potestad y lo que conocemos como interés superior del menor de edad, también tratare la manera en que la autoridad judicial protegé el interés superior del menor de edad cuando se presente un conflicto jurídico familiar entre quienes ejerzan la patria potestad.sus padres por determinar quien de ellos ejercerá la patria potestad.

El Código Civil señalado establece en su Libro Primero, Título X lo siguiente:

⁸¹ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p. 42.

“Art. 243. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.”

Se señala que esta legislación civil aún cuando define a la patria potestad no es clara en cuanto a los derechos y deberes que en general tiene los padres, ya que al referirse a los mismos únicamente al ámbito de los bienes se está refiriendo al aspecto patrimonial, lo cual hace que esta definición sea a juicio personal incompleta; para ejemplificar lo antes citado señalo lo que el autor Cesar Augusto Bellusco se ha pronunciado de la siguiente manera:

“...La separación entre derechos referentes a las personas y derechos referentes a los bienes no importa que no exista algún aspecto patrimonial en los primeros. Así, el derecho-deber de asistencia trae como consecuencia la obligación alimentaria y el de representación comporta la intervención en asuntos referentes al patrimonio del menor. Sin embargo la distinción es útil a los fines didácticos, fuera de que los denominados “derechos sobre los bienes del menor” son puramente de índole patrimonial.”⁸²

Para entender los derechos y deberes que contempla la institución jurídica de la patria potestad, es necesario analizar los siguientes artículos que están plasmados en el Libro Primero, Título IX. De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos

“Art. 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

“Art. 233. En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.”

⁸² BELLUSCO Cesar.Augusto, *op. cit.* p. 365

“Art. 234. Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.”

“Art. 236. Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.”

“Art. 269. La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. Puede ser legal o judicial.”

De los preceptos legales que anteceden podemos establecer que la legislación civil de la República de Chile, establece una definición de lo que debe entenderse por patria potestad, sin embargo no señala de manera general todos los derechos y deberes que se pueden contemplar en la misma, por razón que únicamente se refiere al ámbito de los bienes, lo que hace notar que en su conceptualización no establece nada por lo que trata al tema del interés superior del menor de edad.

Es oportuno señalar que este Código Civil refiere que los padres tendrán derechos y deberes, aunque ya se dijo que su ordenamiento legal no es claro en señalar en que consisten cada uno de ellos, es pertinente señalar lo que dice el autor antes citado: “...es característica esencial de los derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia la que impliquen deberes correlativos, o bien constituyan a la vez derechos y deberes, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, derechos-funciones o poderes-funciones.”⁸³

Es destacable del Código Civil chileno los siguientes artículos para analizarlos con lo que respecta a la patria potestad e interés superior del menor de edad.

“Art. 244. La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se

⁸³ *Ibidem*, p.p. 364 y 365.

subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.”

“Art. 245. Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al Art. 225.

Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el Art. precedente.”

“Art. 246. Mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

“Art. 249. La determinación legal de la paternidad o maternidad pone fin a la guarda en que se hallare el hijo menor de edad y da al padre o la madre, según corresponda, la patria potestad sobre sus bienes.

El Código Civil Chileno en su Título IX, De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos establece lo siguiente:

“Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al

padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

“Art. 227. En las materias a que se refieren los Artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes.

Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el Art. 225.”

“Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”

“Art. 242. Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.

En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”

De acuerdo a lo establecido en los preceptos legales antes citados se puede apreciar que existe protección del interés superior del menor de edad cuando exista un conflicto entre sus padres, señalando que debe prevalecer por encima del de quienes ejercen la patria potestad. Es de comentar que el Código Civil en estudio contempla un juicio sumario tratándose de cualquier aspecto que tenga relación con la patria potestad de un menor de edad, lo que lleva a reflexionar que el Juez le interesa resolver a la brevedad cualquier controversia legal que se refiera a los menores de edad, dando por ello atención al interés superior del hijo, en función de su edad y madurez.

3.1.4 EN BOLIVIA

En este contexto ahora me avocaré a analizar del país de Bolivia su Código Familiar haciendo mención que tratándose de menores de edad existe el Código del niño, niña y adolescente; en sus contenidos del primero de ellos, se puede apreciar lo que llaman autoridad de los padres, que será entendida como patria potestad sin que se conceptualice y tampoco el interés superior del menor de edad; de igual manera en el segundo ordenamiento legal se establecen las formas en que la autoridad judicial velará porque los procesos en que estén dirimiendo controversias legales los padres al menor de edad se le garanticen debidamente su interés superior sujetandose por tal causa a procedimientos rápidos y eficaces, logrando con ello lo más benéfico para el menor de edad. En este orden de ideas el Código Familiar señala en su Libro Primero, Título I, De la autoridad de los padres, Capítulo II Del Ejercicio y de la extensión y contenido de la autoridad de los padres, Sección I, Del Ejercicio de la autoridad, lo siguiente:

“ARTÍCULO 251.- (Ejercicio de la autoridad de los padres). La autoridad sobre los hijos comunes, se ejerce durante el matrimonio, por el padre y la madre. Los actos de uno solo de ellos que se justifiquen por el interés del hijo se presume que cuentan con el asentimiento del otro. En caso de ausencia de uno de los padres, de pérdida o suspensión de su autoridad, de incapacidad u otro impedimento, la autoridad se ejerce solamente por el otro.

Los desacuerdos entre el padre y la madre se resuelven por el juez, con sujeción al procedimiento establecido por el presente Código, teniendo en cuenta el interés del hijo.”

“ARTÍCULO 255.- (Autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres). La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tiene la guarda de los hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad o el reconocimiento hecho por ella sea de fecha posterior al del padre, a no ser que el hijo haya sido entregado a este último o haya quedado de otra manera en su poder.

No obstante, el juez, atento el interés del hijo, puede confiar la guarda de éste al padre, y aún entregarle en tutela a otra persona, prefiriendo a los parientes más próximos.”

“ARTÍCULO 257.- (Derechos de los padres que no ejercen autoridad). Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias, y supervigilar su mantenimiento y educación, a no ser que a ello oponga el interés de dichos hijos.”

En la sección II De la extensión y contenido de la autoridad del Código Familiar señala:

“ARTÍCULO 258.- (Deberes y derechos de los padres). La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes:

- 1º- El de guardar al hijo.
- 2º- El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.
- 3º- El de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.
- 4º- El de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil.

Quedan a salvo los deberes y derechos establecidos por otras disposiciones.”

En el Capítulo III De la extinción, de la pérdida y de la suspensión de la autoridad de los padres, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 276.- (Extinción de la autoridad). La autoridad de los padres se extingue:

- 1º- Por la muerte del último progenitor que la ejercía.
- 2º- Por la muerte del hijo.
- 3º- Por la emancipación del hijo.
- 4º- Por la mayoría del hijo.”

Se puede comentar que este Código Familiar no define que debe entenderse por autoridad de los padres que como ya dijimos se debe entender a la patria potestad, sin embargo contiene diversos aspectos los preceptos legales que se han invocado que nos indican cuando inicia y termina la autoridad de los padres.

El autor Augusto Cesar Bellusco señala:

“Recibe la denominación de “patria potestad” el conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. La denominación es tradicional, proviene del derecho Romano, pero en realidad no responde

estrictamente a su concepto actual, pues el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la autoridad paterna sino como una institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en su vida.

Por tales motivos, algunas legislaciones modernas han intentado sustituir la expresión tradicional por otra más adecuada a su actual contenido, así como a la extensión a la madre de los derechos-deberes que de ella derivan, los cuales originariamente sólo correspondían al padre. Así se ha sustituido por autoridad parental en Francia, Suiza, Quebec y El Salvador “cuidado paterno” en Alemania “potestad de los genitores” en Italia “autoridad de los padres en Bolivia y “autoridad del padre y la madre.”⁸⁴

Este ordenamiento legal que se comenta, también refiere a la protección de los intereses del menor de edad, tratándose de su guarda, y es precisamente cuando los padres tienen conflictos legales en cuanto a quien es más idóneo para ejercer esta autoridad, para mayor ejemplo de lo comentado es necesario avocarnos a lo que señala este Código de materia de juicios de divorcio, señala en el Título preliminar, Del régimen jurídico de la familia, del parentesco, de la asistencia y del patrimonio familiar, Capítulo II, Del Divorcio Sección III De los efectos del Divorcio, Título IV, De la Disolución del matrimonio y de la separación de los esposos.

“ARTÍCULO 145.- (Situación de los hijos). El juez define en la sentencia la situación de los hijos teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse siempre que consulten dicho interés.

Los hijos que no tengan siete años pueden confiarse a la madre, y los que pasen de esa edad, al padre; o bien los varones al padre y las mujeres a la madre, sin distinción de edad.

Por razones de moralidad, salud o educación, puede confiarse la guarda a sólo uno de los padres o prescindirse de ambos optando entre los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de dichos cónyuges. En caso

⁸⁴ *Ibidem*, p. 353.

necesario, la guarda puede ser confiada a tercera persona de conocida idoneidad.”

“ARTÍCULO 148.- (Providencias modificatorias). El juez puede dictar en cualquier tiempo, a petición de parte, las providencias modificatorias que requiera el interés de los hijos.”

Es de comentar de estos preceptos que no se define a la patria potestad ni tampoco el interés superior del menor de edad; no obstante se observa que el Juez a efecto de proteger al menor de edad sujeto a la patria potestad se le faculta para tomar medidas para lograr ese fin, como lo es el basarse en el parámetro de años que existe en la ley para decidir con quién de los padres permanecerán los hijos, también tiene libertad para dictar medidas modificatorias en beneficio de los hijos. En este entendido, para proteger integralmente al menor de edad sujeto a la patria potestad se le debe de dar celeridad a los procesos en que intervenga lo cual en este Código no existe regulación alguna en ese sentido; hay que entonces que entrar al estudio del siguiente ordenamiento legal llamado Código del Niño Niña y Adolescente el cual señala lo siguiente en su capítulo único:

“ARTÍCULO 1º (OBJETO DEL CÓDIGO).- El presente Código establece y regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña o adolescente con el fin de asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia.”

“ARTÍCULO 2º (SUJETOS DE PROTECCIÓN).- Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos.

En los casos expresamente señalados por Ley, sus disposiciones se aplicarán excepcionalmente a personas entre los dieciocho y veintiuno años de edad.”

“ARTÍCULO 6º (INTERPRETACIÓN).- Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes, y las leyes de la República.”

“ARTÍCULO 9º (INTERVENCIÓN DE OFICIO).- El Ministerio Público intervendrá de oficio en todos los procesos judiciales que involucren a niños, niñas o adolescentes.

La falta de intervención será causal de nulidad.”

Asimismo en este ordenamiento legal en el Libro Primero, Título II, Derecho a la Familia, Capítulo I, Disposiciones Generales establece:

“ARTÍCULO 31º (AUTORIDAD DE LOS PADRES).- La autoridad de los padres es ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cualesquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia.”

“ARTÍCULO 32º (DEBER DE LOS PADRES).- Los padres están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad.”

En el Capítulo II Familia Sustituta, Sección II, La Guarda menciona:

“ARTÍCULO 42º (CONCEPTO).- La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal.

La Guarda confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar de acuerdo con lo establecido por Ley.”

“ARTÍCULO 43º (CLASES DE GUARDA).- Se establecen las siguientes clases de Guarda:

1. La Guarda en desvinculación familiar, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia; y,
2. La Guarda Legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y sujeta a lo dispuesto por este Código.”

“ARTÍCULO 50º (TRÁMITE Y EJERCICIO).- La guarda será tramitada ante el Juez de la Niñez y Adolescencia en cuya jurisdicción se encuentra el

niño, niña o adolescente y será ejercida en el lugar de residencia del responsable de la guarda dentro del territorio nacional.”

“ARTÍCULO 103º (LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN).- El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones. “

En el ordenamiento legal que se comenta en la Sección II, Derecho al Respeto y a la Dignidad, Libro Tercero Protección Jurídica, de la Responsabilidad, de la jurisdicción y de los Procedimientos, en su Título I, Protección Jurídica, Capítulo I, Disposiciones Generales establece:

“ARTÍCULO 213º (ACCESO A LA JUSTICIA).- El Estado garantiza a todo niño, niña y adolescente el acceso, en igualdad de condiciones, a la justicia en todas las instancias. “

“ARTÍCULO 214º (DEBIDO PROCESO).- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada en la protección del niño, niña y adolescente. En todos los procesos en los que estos se vean involucrados, deberán ser tratados con el respeto y consideración que se merecen como personas, sujetos de derechos, debiendo prevalecer en todas las actuaciones, investigaciones técnicas y periciales, al interés superior de los mismos.

Cuando se trate de niños, niñas o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se tomará en cuenta sus usos y costumbres, siempre que no se oponga a la Constitución Política del Estado, el presente Código y leyes vigentes; pudiendo consultarse con las autoridades de la comunidad a la cual pertenecen.”

“ARTÍCULO 215º (PRINCIPIOS).- Todo proceso que se refiera a la niñez y adolescencia, debe cumplir con los siguientes principios, además de los señalados por otras disposiciones legales:

1. ORALIDAD: Sin excepción alguna, para lograr la celeridad y el impulso procesal correspondiente.
2. ESPECIALIDAD: La aplicación de este Código, tanto en el proceso como en su ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de niñez y adolescencia.
3. CELERIDAD: El cumplimiento estricto de los plazos procesales, conforme establece el presente Código.”

Como se puede observar el Código que se comenta, está encaminado a la protección del interés superior del menor de edad, al regular dentro de sus disposiciones legales los fundamentos para hacerlo en la institución jurídica de la patria potestad, ahora bien, es muy clara la pronta protección legal del interés del menor de edad cuando se encuentre sujeto a procesos legales, por tal razón es de concluir que todo litigio de los padres en cuanto al ejercicio de la autoridad que puedan ejercer los mismos respecto de sus menores hijos, debe ser pronta y expedita, teniendo en todo momento el Estado a través de sus tribunales la facultad de oficio de allegarse de todo material probatorio para tener un conocimiento más apropiado y preciso de la realidad que vive el menor de edad, también por esto se le recaba su opinión, con la finalidad de que el juzgador en beneficio y protección de éste, dicte una resolución protegiendo en todo momento su interés superior, que en este Código tiene por objeto velar.

En el libro *Procedimiento Judicial en el Fuero de Familia* señala:

“ En las separaciones o divorcios suelen a parecer desde las partes en litigio –en el caso que nos interesa léase los padre los padres-dos posicionamientos en espejo que se traducen en las siguientes modalidades discursivas: “No le dejo ver a los chicos porque no pasa alimentos”, o “No paso alimentos porque no me deja ver a los chicos” Es decir que los hijos quedan ubicados en el lugar de objetos-perteneciente de los padres, territorio de combate en donde se extiende la pelea de la pareja sin poder diferenciar que lo que ha finalizado es la relación marital y no la de los padres. La lógica que sostiene dicha situación y que no se contempla es que como uno de los progenitores perjudica a los hijos impidiendo el contacto con el otro padre, éste responde perjudicando a sus hijos privándolos de alimentos, y visceversa.”⁸⁵

Es de mencionar que en este Código para efecto de proteger aún más el interés superior del menor de edad contempla juicios orales para tal fin, con la finalidad de darle celeridad a los procedimientos en que intervengan menores de edad; por otra parte también es de observarse que no da un concepto para

⁸⁵ *Procedimiento Judicial en el fuero de Familia, Etapa Previa Enfoque Interdisciplinario*, Ed. Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 105.

definir la autoridad de padres, que como ya se ha mencionado es sinónimo de patria potestad, sin duda esto trae como consecuencia que no se comprenda el alcance que tiene esta institución legal con respecto a los deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos y de la protección que deban dar a los mismos para proteger sus intereses y en caso de que intervengan en un proceso legal la manera en que la autoridad judicial debe proteger los derechos del menor de edad.

3.1.5 EN CUBA

Por último se analizara el Código Familiar de Cuba dando continuación al análisis que se ha venido realizando por lo que respecta a la manera en que conceptualizan a la patria potestad e interés superior del menor de edad; así como la manera en que se protege el interés superior del menor de edad, por parte de los tribunales familiares, en este sentido el Código de Familiar, en su Título II, De las relaciones Paterno-filiales, Capítulo II De las Relaciones entre Padres e Hijos, Sección Primera, De la patria Potestad y su Ejercicio, señala:

“ARTÍCULO 82.- Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres.”

“ARTÍCULO 83.- El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente.
Corresponderá a uno solo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.”

“ARTÍCULO 84.- Los hijos están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres y, mientras estén bajo su patria potestad, a obedecerlos.”

“ARTICULO 85.- La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres:

- 1) tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para

superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo;

2) atender la educación de sus hijos; inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares;

3) dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas;

4) administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que les pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;

5) representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquéllos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.”

“ARTÍCULO 86.- Los padres están facultados para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad.”

En la Sección Tercera De la Extinción y Suspensión de la Patria Potestad, menciona:

“ARTÍCULO 92.- La patria potestad se extingue:

- 1) por la muerte de los padres o del hijo;
- 2) por arribar el hijo a la mayoría de edad;
- 3) por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad;
- 4) por la adopción del hijo.

El análisis que se puede hacer a los preceptos legales antes citados es que en el presente Código no existe una definición de que debe entenderse por patria

potestad, únicamente señala en qué consisten los deberes y derechos de los padres hacia los hijos y la forma en que se origina y termina la misma, no está presente en la redacción de los artículos citados la protección por parte del Estado del interés superior del menor de edad, ni mucho menos da una conceptualización que nos refiera que se debe entender por éste, no obstante da lineamientos o deberes a seguir para que al menor se le pueda proteger integralmente por quien detenta la patria potestad de él, los cuales tendrán vigilancia de la autoridad judicial cuando exista un proceso judicial en que éstos intervengan.

En la Sección Segunda, De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos, refiere:

“ARTÍCULO 88.- Respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando éstos no vivieren juntos”.

“ARTÍCULO 89.- De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.”

“ARTÍCULO 90.- En el caso del artículo anterior, el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de orden penal que se origine por tal conducta.

Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente.”

“ARTÍCULO 91.- Las medidas adoptadas por el tribunal sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación, podrán ser modificadas en cualquier

tiempo, cuando resulte procedente por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción.”

Es de señalar que el ordenamiento legal que se estudia, contempla dentro de su Código familiar un interés material y moral del menor de edad lo que nos lleva a plantear que el primero se está refiriendo al aspecto patrimonial, mientras el segundo va encaminado al aspecto personal del menor, sin embargo no es claro al definir de que manera dará protección a los referidos intereses, por parte de los juzgados familiares, por tanto no se aclara si esta protección ha de ser pronta y expedita, si bien establece reglas de convivencia y comunicación que el menor de edad tendrá con sus padres, no señala nada respecto a que se le recebe su opinión en juicio, que sería conjuntamente con un procedimiento rápido y eficaz, lo idóneo para que al menor de edad se le garantice su interés superior.

En el libro Procedimiento Judicial en el Fuero de Familia señala “A los efectos de decidir la atribución de la tenencia de un niño, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así, pues parece razonable tomar contacto directo sobre el niño, es decir, con la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes.”,⁸⁶ es precisamente uno de los intereses a proteger en todo procedimiento legal donde intervenga un menor de edad y que como ya mencione el Código Familiar de Cuba no refiere nada al respecto.

Es importante situar el interés del menor en el ambiente jurídico que es el de la patria potestad; hay que atenerse a este marco legal tomando en cuenta los alcances y límites de deberes y derechos conferida a sus titulares, sin embargo como se ha venido señalando pueden suscitarse casos especiales como son las rupturas familiares o bien conflictos jurídico familiares, en que las decisiones de los padres en relación a los intereses de los hijos se vuelva problemática al no decidir lo mejor para ello, es en donde la autoridad judicial

⁸⁶ *Ibidem*, p. 143.

deberá proteger al menor de edad para garantizar que quienes detentan la patria potestad ejerzan ese derecho y los deberes que aman de ella en forma correcta y de esta manera queden plenamente garantizados los derechos del menor de edad. Situaciones que como vemos en el presente Código quedan limitadas, dado que la intervención de la autoridad judicial debe ser pronta y expedita para beneficio del menor de edad lo cual no sucede al no tener disposiciones legales apropiadas para tal efecto.

3.2 LA PATRIA POTESTAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MEXICANA

Es una finalidad analizar las legislaciones civiles y familiares que regulan a la patria potestad y el interés superior del menor de edad en México, con el propósito de establecer la manera en que conceptualizan esta institución jurídica y por consecuencia lógica el interés superior del menor de edad, en este entendido también interesa a la investigación la manera en que los cuerpos legales del Estado de México, Distrito Federal, Hidalgo, Morelos y Zacatecas protegen al menor de edad cuando interviene en procesos jurídico familiares promovidos por quienes detentan la patria potestad de ellos, para establecer si esta protección es integral y se da de manera pronta y expedita.

3.2.1 EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

En el Código Civil del Estado de México se menciona a la institución jurídica de la patria potestad en diversos artículos, sin que se le defina en uno sólo, por tal causa los deberes y derechos de los progenitores se deducen de los artículos que se citan más adelante; asimismo no existe una definición sobre que debe entenderse como interés del hijo, lo que provoca que al no haber disposición legal alguna, tenga discrecionalidad interpretativa el Juzgador encaminado a proteger el interés del menor de edad, lo que ocasiona que tratándose de un juicio donde intervenga, por ejemplo recabe la opinión del mismo

y se allegue de medios probatorios de oficio al final y no al inicio de este al admitir una demanda; supuesto legal que considero va en contra del interés superior de dicho menor; aunado a que no existe en nuestro ordenamiento estatal juicios o procedimientos sumarísimos tratándose de menores de edad, que diriman la controversia en que se encuentre sometidos a la brevedad, esto provoca que no se dé una verdadera protección a los intereses de los menores al no darle certidumbre inmediata a los procesos que se encuentren sometidos.

La autora Pérez Duarte Alicia señala al referirse a la patria potestad “Desde mi punto de vista, compartido por otras personas estudiosas de esta materia, el objetivo que buscamos es la asistencia, el cuidado y la protección de las personas menores de edad no emancipadas.”⁸⁷

En este orden de ideas, el Código Civil del Estado de México en su Libro Cuarto Del Derecho Familiar, Título Séptimo señala:

“Art. 4201.Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.”

“Art. 4.202. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.”

“Art. 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.”

“Art. 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

I Por el padre y la madre.

II Por el abuelo y la abuela maternos;

II Por el abuelo y la abuela paternos.

Tratándose de controversias entre los abuelos, el Juez decidirá tomando en cuenta los intereses del menor.”

“Art. 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

⁸⁷ PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p. 211.

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.”

“Art. Art. 4.208. Los que ejercen la patria potestad tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ella y la obligación de realizar actos tendentes a conservar y mejorar su patrimonio”

“Art. 4.223. La patria potestad se acaba:

I Con la muerte del que la ejerce.

II Con la emancipación derivada del matrimonio.

III Por mayoría de edad.

IV Por adopción simple.”

“Art. 4.228. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor de edad, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I.- Los que ejerzan la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II.- Si no llegan a ningún acuerdo:

a) Los menores de diez años quedaran al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.

b) El Juez, después de oír a los interesados decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce.

c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

El Código Civil del Estado de México en un aspecto de la patria potestad señala, tratándose de guarda y custodia de menores no emancipados que estén en procesos judiciales determina lo siguiente:

“Art 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.”

“Art. 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.”

El Código Civil del Estado de México, carece de preceptos legales de protección al menor en forma idónea para decidir pronta y eficazmente como ejemplo podemos señalar la situación provisional y definitiva de un menor de edad cuando tenga intervención en un asunto legal, como sería por ejemplo el caso de decidir sobre su guarda y custodia cuando no exista convenio entre sus padres, si bien el parámetro de años que señala el Código Civil en el Estado de México nos indica con quien de los progenitores debe permanecer el menor de edad, este no debe ser la única manera en que el Juzgador puede darse cuenta que es lo que más le beneficia al infante, es decir proteger su interés superior del menor de edad; necesita de todo el material probatorio que pudiera allegarse de oficio en mi opinión al admitir cualquier demanda para tener un criterio más acertado y que conjuntamente con el parámetro darán como resultado lo más benéfico, lo cual no ocurre por no haber dispositivo legal que lo establezca, entonces el Juez dada su discrecionalidad obtiene todos los elementos probatorios que a él le competen, para decidir sobre el interés superior del menor de edad dentro del transcurso del juicio pudiendo ser al principio o al final del mismo antes de dictar sentencia, lo cual evidencia que no existe prontitud y eficacia para resolver de manera apropiada cualquier conflicto que atente a los intereses del menor de edad y que sin duda le causa un perjuicio en su desarrollo integral.

Por lo antes citado es pertinente mencionar lo que la autora Alicia Pérez Duarte señala “En el derecho familiar mexicano este concepto tiene especial relevancia, pues la custodia está dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y su estrecha relación con ella.”⁸⁸

Se debe reconocer la necesidad de una celeridad en un juicio o procedimiento, que permita un ofrecimiento y desahogo de pruebas en forma ágil, que aunado al hecho que el juzgador se allegue de material probatorio de oficio, desde la admisión de la presentación de la demanda, que le cause convicción

⁸⁸ *Ibidem*, p. 229.

para resolver en prontitud una litis, de no ser así, se le estará causando al menor de edad en la mayoría de los casos un daño en su desarrollo integral.

Es importante detallar que el conjunto de normas que deben proteger al menor de edad, constiuyen un normativa de orden público y aún sin salir del tema del presente trabajo, señalo que este argumento tiene un respaldo constitucional dada la relevancia social que tiene hoy en día la protección de los derechos del menor de edad, por lo que deberá tener consecuencias en el orden procesal, como lo es el que la autoridad judicial se allegue de material probatorio necesario en forma pronta para beneficio del menor de edad, lo cuál señalo no sucede.

3.2.2 EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil del Distrito Federal no define lo que se debe entender por patria potestad, solamente refiere dentro de diversos artículos los deberes y derechos que tiene esta institución jurídica; en cuanto al interés superior del menor de edad contiene disposición legal que lo define y otros que están encaminados a la protección del interés superior del menor de edad; el Código Civil respecto de la patria potestad establece, en el Título Octavo, Capítulo I, lo siguiente:

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

Quienes detenten la patria potestad tienen responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente, de que vivan o no bajo el mismo techo.”

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

“Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se

dicten, de acuerdo con la Ley de Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.”

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

“Artículo 414-Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que viva o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

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

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

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

“Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

“Artículo 416-Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal.

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos.

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional.

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

“Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchando independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. “

“Artículo 417-Bis. Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra Institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previstas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos de asistente del menor.”

“Artículo 418. Las obligaciones, facultades y establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

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

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

“Artículo 443. La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio
- III.- Por la mayoría de edad
- IV.- Con la adopción del hijo;
- V.- Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”

La autora Pérez Duarte Alicia señala tratándose de la actividad del Juez “El criterio de todo juzgador está normado por ciertas reglas, en este caso debe decidir en beneficio del o de la menor y tomando en cuenta los intereses superiores de estos.”⁸⁹

Como se ha venido analizando el Código Civil del Distrito Federal, establece tratándose del interés superior del menor de edad, diversos mecanismos legales a efecto de proteger de manera eficaz a este, se define el interés superior del menor de edad, en donde queda de manifiesto que los intereses de los menores están por encima de las pretensiones legales de los padres, en relación directa con la Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, Título Segundo De los principios rectores de las niñas y niños en el Distrito Federal que en su capítulo I De los principios señala:

“Artículo 4. Son los principios rectores en observancia, interpretación y aplicación de esta ley, los siguientes:

I El interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.”

⁸⁹ *Ibidem*, p. 233

En este orden de ideas, se establece dentro de las disposiciones legales de la patria potestad, la tramitación de controversias familiares cuando exista conflicto en cuanto a la guarda y custodia del menor de edad, además existe la oficiosidad por parte del Juzgador para allegarse del material probatorio que vaya a fundar su criterio respecto de decisiones de la guarda y custodia del menor de edad o cualquier aspecto de la patria potestad, aunado al hecho que se le recabara la opinión del menor de edad, con ayuda de especialistas.

Es importante señalar que el Estado debe velar el que los menores de edad en los conflictos legales en que participen voluntaria o involuntariamente tengan una solución rápida y eficaz, quien por ser dentro del núcleo social familiar el más desprotegido, insiste el Estado a través de su aparato judicial tienen el deber de amparar sus derechos ante cualquiera y con mayor razón frente quienes ejercen su patria potestad.

En este orden de ideas, se puede apreciar en este cuerpo legal que el Juez se le provee de lineamientos legales que le permitirán proteger eficazmente al menor de edad al resolver en prontitud los conflictos legales familiares en que intervenga, cabe señalar que no obstante faltan disposiciones de carácter procesal familiar que permitan dar celeridad a los juicios en que intervengan.

3.2.3 EN EL CÓDIGO FAMILIAR DE HIDALGO

En México algunos Estados de la República actualmente se rigen con Códigos Familiares, los cuales dan solución a cualquier supuesto legal que tenga relación con la familia, en este sentido el ordenamiento legal en consulta, regula todo lo concerniente a la patria potestad, por tal causa se analizará como conceptúan a la patria potestad y al interés superior del menor de edad y de qué manera se protege a éste último en el Código Familiar del Estado de Hidalgo.

En el Código Familiar en su Título Octavo De la Patria Potestad establece:

“Artículo 215 La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como a sus bienes.”

“Artículo 216 Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres o de sus abuelos paternos o maternos sin preferencia, en los casos que señala esta Ley.”

“Artículo 220 Cuando los progenitores hayan reconocido al hijo, y vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad.”

“Artículo 224 La patria se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, y comprende los siguientes deberes y facultades:

I.- Cuidar por ellos, tenerlos en su custodia y alimentarlos en todo lo que ello significa conforme a lo dispuesto por el Artículo 118 de este ordenamiento; y

II.- Representar administrar sus bienes.”

“Artículo 225 Quienes ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregir a los menores moderadamente y el deber de darles un buen ejemplo. Dicha facultad no implica infligir al menor con actos que atenten contra su integridad física o psíquica. Se concede acción popular para denunciar los malos tratos a los menores.”

“Artículo 241 La patria potestad se termina:

I.- Por la muerte del titular o la declaración de presunción de su muerte, si no hay persona en quien recaiga;

II.- Por la mayoría de edad del hijo;

III.- Con la emancipación derivada del matrimonio; y

IV.- Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la filiación se trasmite al adoptante.”

El Código Familiar en estudio da una definición de lo que se debe entenderse por patria potestad, sin embargo dispone de obligaciones y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos, a este particular ya se comento en el segundo capítulo que es incorrecto señalar obligaciones en virtud que estas se refiere “al pago” y no a deberes y derechos que nacen en la institución jurídica de la patria potestad entre padres e hijos, se observan en qué consisten las obligaciones y derechos de los padres respecto de los hijos y de igual forma la forma en que puede terminarse la patria potestad.

Por lo antes señalado es pertinente mencionar lo que la autora Pérez Duarte Alicia menciona: “Deberían dejar en segundo plano aquellas instituciones que tratan las relaciones de pareja y de parentesco para concentrar esfuerzos en aquéllas vinculadas directamente con la atención de los derechos humanos de la niñez. Tal es el caso de la patria potestad, la custodia, los alimentos ...”⁹⁰

Por otra parte el ordenamiento legal señala:

“Artículo 217 En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir en los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

“Artículo 218 Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio se separen, ambos continuarán ejerciendo la patria potestad, deben convenir quién conservará la custodia y en este caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el juez designará al progenitor que mejor garantice el desarrollo integral del menor o incapacitado. Esta resolución no causa estado y podrá modificarse en el futuro por causas supervenientes.”

“Artículo 219 Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.”

Es pertinente recalcar que el Código Familiar que se comenta, señala medidas encaminadas a proteger el interés superior del menor de edad, más no refiere en sus preceptos legales que debe entenderse por este o que aspectos engloban, y nos remite al Código Adjetivo mencionando un procedimiento especial donde se ventile cualquier situación legal que trastoque el interés personal del menor de edad; no obstante a esto, el Código Procesal Familiar de esta entidad se pronuncia de la siguiente manera, en su Título Cuarto De los

⁹⁰ *Ibidem*, p. 353.

Procedimientos en General del Juicio Oral y Escrito, Capítulo I, Disposiciones Generales:

“ARTÍCULO 225.- En los asuntos relativos a las cuestiones familiares, tendrán intervención el Ministerio Público, el tutor, el Consejo de familia y los organismos de asistencia pública o privada cuando estén legalmente facultados para ello.”

“ARTÍCULO 226.- El Juez de lo familiar dispondrá de las más amplias facultades para investigar la verdad.”

“ARTICULO 227.- Durante el procedimiento, el Juez de lo familiar podrá intervenir de oficio, en asuntos que afecten el interés de la familia, de las niñas, niños y adolescentes así como de incapaces, atendiendo siempre el interés supremo de estos, en términos de la ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. “

“ARTICULO 232.- En la audiencia del juicio, a las partes presentaran y se les recibirán las pruebas procedentes, sin más limitación que la moral y el derecho. Ordenando su preparación para las solicitadas con anticipación que no hayan sido remitidas, por quien debió hacerlo.”

“ARTICULO 233.- En la audiencia del juicio, el Juez y las partes interrogaran a los testigos con relación a los hechos controvertidos, formulando las preguntas pertinentes con la sola limitación referida en el artículo 207 de este ordenamiento.”

Es pertinente mencionar que el Código Adjetivo de Hidalgo, señala que el Juez tiene amplias facultades para conocer la verdad, lo que permite que actúe de oficio para allegarse de cualquier material probatorio que le cause convicción, incluyendo la opinión del menor como ejemplo, para fundamentar su criterio legal por ejemplo de que padre debe tener bajo su guarda y custodia al menor de edad, protegiendo en todo momento el interés superior de éste.

Ahondando aún más de lo antes referido, la autora Alicia Pérez Duarte señala “Es cierto que como señala Pratte, la determinación del interés del menor es una tarea particularmente difícil para cualquier juzgador, dado que no sólo implica decir el derecho sino encontrar la solución más justa.”⁹¹

⁹¹ *Ibidem*, op. cit. p. 359.

Como se puede observar existen en México disposiciones legales que protegen el interés superior del menor de edad, sólo falta la voluntad de crear leyes en otras entidades como la es del Estado de México; y por supuesto aplicarlas en forma correcta por parte del aparato judicial con la finalidad de proteger eficazmente a la niñez mexicana.

3.2.4 EN EL CÓDIGO FAMILIAR DE MORELOS

De los Códigos Familiares que existen en la República Mexicana toca ahora referirnos al Código Familiar de Morelos, del cual se observará si dentro de sus preceptos legales contempla una conceptualización de lo que debe entenderse por patria potestad y de interés superior del menor de edad; de igual forma establecer si esta legislación protege debidamente el interés superior del menor de edad, en este entendido el Código Familiar de Zacatecas, en su Título Segundo, De la patria potestad, Capítulo único, Efectos relativos a las personas de los hijos, señala:

“Artículo 219. SUJECCIÓN DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS A LA PATRIA POTESTAD. Los hijos de los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley.”

“Artículo 220. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los sujetos a ella.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre del menor no emancipado o del mayor incapacitado, a falta o por imposibilidad de ambos por los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más favorezcan al menor, así como su opinión.

Su ejercicio tiene como contenido la protección integral del incapaz en sus aspectos físico, moral y social, e implica el deber de su guarda y educación.”

“Artículo 230. FACULTAD DE CORRECCIÓN MESURADA Y OBLIGACIÓN DE BUENA CONDUCTA EJEMPLAR. Los que ejerzan la patria potestad o

tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades competentes, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atente contra su integridad física o psíquica en los términos de los dispuesto en el artículo 24 de este Código, por lo tanto los llamados de atención y exhortos que hagan los padres o tutores para el buen comportamiento y adecuada convivencia de todos los integrantes del núcleo familiar, de ninguna manera justifican el ejercicio reiterado de la violencia física o moral contra los menores.”

“Artículo 246. TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación;
- III.- Por la mayor edad del sujeto a patria potestad; y
- IV.- Por cese de la incapacidad del mayor sujeto a ella.”

De la lectura de los artículos antes citados podemos darnos cuenta que no existe en este Código Familiar disposiciones que definan a la patria potestad, lo que esto obliga a que esta institución jurídica se le dé una conceptualización doctrinaria y no legal por tal causa; asimismo por lo que respecta a los deberes y derechos de los padres hacia los hijos se precisan en los ordenamientos citados los cuales de la lectura podemos determinar en qué consisten, asimismo nos señalan cuando inicia y termina la patria potestad; cabe mencionar que dentro de los preceptos invocados se tomará en cuenta la opinión del menor y lo que más le favorezca, esto debemos entenderlo como interés superior del menor de edad. El Código Familiar no contempla disposición alguna en el sentido de atender todo conflicto legal en que intervenga un menor de edad de manera pronta y expedita, mediante procesos legales eficaces.

La autora Alicia Pérez Nieto señala “...es indispensable que el legislador mexicano se decida y establezca expresamente, de una vez por todas, los

derechos inherentes a la infancia y que dentro de ellos se delimite con claridad el alcance del interés superior de esta etapa de la vida.”⁹²

Es pertinente señalar que el concepto de interés superior del menor de edad debe ser definido en los cuerpos legales estatales en forma correcta, con la finalidad de proteger al menor de edad, donde incluya los deberes de los padres de la patria potestad así como la facultad que tendrá la autoridad judicial para darle una protección integral aún contra de quienes ejercen la patria potestad de éstos.

“Artículo 221. CONTROVERSIA ENTRE LOS OBLIGADOS. En el caso de controversia entre los obligados, se deberán poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los que ejercen la patria potestad, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo familiar resolverá lo conducente, debiendo tomar siempre en cuenta la opinión del menor.”

“Artículo 222. CUIDADO DE LOS MENORES DE SIETE AÑOS. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

“Artículo 223. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación según sea el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, a partir de que los menores cumplan siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que o exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

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

⁹² *Ibidem*, p. 364.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

“Artículo 224. PROCURACIÓN DEL RESPETO HACIA LOS PROGENITORES. Quien ejerza la patria potestad, debe de procurar el respeto y acercamiento constante de los menores con el otro ascendente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación y alineación parental encaminada a producir en la niña o del niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, sopena de suspendersele en su ejercicio.”

“Artículo 225. CAMBIO DE CUSTODIA. El Juez de lo familiar podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan algún parentesco civil consanguíneo en línea recta ascendente.”

“Artículo 226. EJERCICIO CONJUNTO O SEPARADO DE LA PATRIA POTESTAD. Cuando los dos progenitores han reconocido y admitido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 210 y 211 de esta Código.

Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entra a ejercerla el otro y, en ausencia de ambos, los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más favorezcan al menor, así como su opinión.”

El Código Familiar de Morelos contempla en sus preceptos legales supuestos y formas de dirimir controversias legales por ejemplo, en cuanto a la guarda y custodia de un menor, tomando en cuenta la opinión del menor y lo que más le favorezca a este, esto es protección al interés superior del menor de edad; es de mencionar que legislación procesal familiar de esta entidad, contempla procedimientos que no se resuelvan en prontitud los problemas jurídicos en que pueden estar los menores de edad, por razón que los procedimientos en las controversias familiares pueden ser tardados, dado los términos que se manejan, que en este momento no es materia de comentar, pero señalamos no son breves; se pretende únicamente como medio de solución a todo conflicto familiar que mediante una audiencia de conciliación se diriman las controversias litigiosas que se puedan presentar entre los padres con respecto a sus hijos

menores, en caso de no llegar aún arreglo se seguirá la controversia mencionada; habla también el Código Procesal Familiar en estudio, de la oficiosidad del Juez para obtener material probatorio que apoye sus decisiones judiciales para resolver los problemas de los menores de edad que le sometan a su jurisdicción; el Código en cita dispone:

“Art. 117. AUXILIO DE SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE PRUEBAS. En cualquier asunto del orden familiar, a petición de parte o de oficio el Juez podrá decretar la asistencia psicológica a las partes o a los menores involucrados, ya sea durante el procedimiento o una vez concluido, en el Departamento de Orientación Familiar del Tribunal Superior de Justicia en el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en Morelos o en cualquier otra institución pública que estime conveniente.”

“Art. 180. FACULTAD CONCILIATORIA DEL JUEZ DE LO FAMILIAR. En los asuntos de orden familiar en los que exista controversia, el Juez tendrá obligación de citar a las partes para que asistan personalmente a una audiencia de conciliación y depuración en la que sólo se tratará de resolver sus diferencias mediante convenio con el que pueda evitarse o terminar la controversia y poner fin al procedimiento.”

En este mismo sentido la autora Alicia Pérez Duarte refiere:

“...la acción precisa, rápida y eficiente de un juzgador en la toma de decisiones relativas a un conflicto familiar relacionado con menores es de vital importancia para cada uno de los miembros del núcleo y para la sociedad, pues en la medida en que se terminen los conflictos en su entorno, los niños y niñas tendrán mayores oportunidades de un desarrollo sano y pleno.”⁹³

Es trascendente que la autoridad judicial tenga disposiciones legales expresas que le indiquen la manera en que deberá proteger el interés superior del menor de edad, para dejar viejas prácticas en que la discrecionalidad o facultades extraordinarias del Juez le permitían tomar providencias a su arbitrio hablando claro de la temporalidad en que podía solicitarlas, ya sea al inicio o antes de que se resolviera una litis planteada donde un menor de edad interviniera, lo cuál dejaba vulnerable el multireferido interés superior del menor de edad.

⁹³ PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p. 237.

3.2.5 EN EL CODIGO FAMILIAR DE ZACATECAS

En el Código Familiar de Zacatecas como se viene realizando analizaré a la institución jurídica de la patria potestad para identificar de qué manera se le define al igual que el interés superior del menor de edad y de que manera se defiende a éste último, cuando un menor de edad se encuentre inmerso en litigios o asuntos judiciales, para ello es necesario avocarnos a lo que establece el mencionado ordenamiento legal, en su Título Cuarto De la patria Potestad, Capítulo I, De los efectos de la Patria Potestad respecto de los hijos menciona:

“ARTÍCULO 371.- Los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquélla, según la ley.”

“ARTÍCULO 372.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.”

“ARTÍCULO 373.- Su ejercicio quedará sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes aplicables. Salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño menor de diez años de su madre.”

“ARTÍCULO 374.- La patria potestad se ejerce:
I.- Por el padre y por la madre conjuntamente;
II.- Por el abuelo y abuela paternos, y
III.- Por el abuelo y abuela maternos.

En los casos de señalados en las fracciones II y III de este artículo no se establece un orden de prelación y se elegirá para el ejercicio de la patria potestad a quienes por su solvencia y reputación resulten más idóneos.”

“ARTÍCULO 379.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que ejerzan sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.”

“ARTÍCULO 380.- Las personas que tienen al hijo bajo la patria potestad deben educarlo y corregirlo con respeto a su dignidad; por tanto, quedan prohibidos los castigos corporales e infamantes.”

“ARTÍCULO 381.- Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a los titulares de la patria potestad en el ejercicio de ésta y de las demás

facultades que la ley les concede, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

En su capítulo II, De los efectos de la patria potestad respecto de los hijos señala:

“ARTÍCULO 384.- Los que ejerzan la patria potestad son legítimos representantes de los que están sujetos a ella y tienen la administración legal de los bienes que pertenecen a éstos, conforme a las prescripciones de esta ley.

El que está sujeto a la patria potestad es el administrador de los bienes que adquiere por su trabajo.”

En su capítulo III De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad refiere:

“ARTÍCULO 401.- La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación del hijo, y
- III.- Por la mayor edad del hijo.”

Como puede apreciarse el Código familiar no define lo que debe entenderse por patria potestad únicamente refiere a los derechos y deberes que tienen los progenitores respecto de sus hijos en los diversos artículos que se citan, quedando la conceptualización a la doctrina quede de la misma, cabe señalar que tampoco hacen un pronunciamiento respecto al interés superior del menor de edad, o en el sentido de ser escuchado cuando de las decisiones judiciales que se tomen le repercutan en su persona, con la finalidad de que no se le cause un perjuicio por no hacerlo y verdaderamente protegerle sus intereses.

En este mismo sentido de lo aseverado, los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos manifiestan: “ Afortunadamente, en nuestro país ha comenzado a tomar fuerza una nueva figura jurídica que puede favorecer la evolución de la institución de la institución de la patria potestad, denominada “Principio del interés superior del niño”, que comprende una serie de medidas y mecanismos instrumentados por autoridades y particulares para crear, preservar y

restaurar las condiciones propicias para el adecuado desarrollo y estabilidad del niño, niña o adolescente.”⁹⁴

Es claro que éste Código familiar aún cuando pudiera pensarse al ser dedicado a la materia familiar exclusivamente fuera más extenso en regular la instituciones jurídicas que contiene como lo es la patria potestad y por ende el interés superior del menor de edad, no contiene preceptos legales que pudieran darle celeridad a procedimientos legales en donde intervengan éstos, tomando antiguas costumbres de Jueces al disponer de material probatorio a su discrecionalidad en el tiempo que considere oportuno lo cuál no beneficia debidamente a los menores de edad.

También señala el Código Familiar que se analiza:

“ARTÍCULO 594.- Cuando la pérdida de la patria potestad no se derive de sentencia dictada en juicio penal o civil que condene expresamente a la pérdida de ese derecho, sólo podrá decretarse mediante sentencia declarativa que se dicte en juicio contradictorio.

El juicio contradictorio se tramitará en la vía ordinaria, con intervención del Ministerio Público, en el que tendrán aplicación en lo conducente, las reglas establecidas para los juicios de paternidad y filiación.

La sentencia que se dicte es apelable en el efecto suspensivo, y no tendrá lugar a la revisión de oficio.

En cualquier estado del juicio, el Juez podrá ordenar que la custodia del hijo quede al cuidado de uno de los padres o de tercera persona, podrá además de oficio o a petición de parte acordar las medidas cautelares que juzgue adecuadas.”

“ARTÍCULO 595.- Los asuntos que versen sobre suspensión de la patria potestad y calificación de excusa cuando no hayan sido objeto de declaración judicial, se tramitarán y decidirán en una audiencia en la que oigan a las partes y se reciban las pruebas que se presenten .

La resolución que se dicte no es apelable.”

⁹⁴ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* P. 3

En este orden de ideas, los preceptos legales que se mencionan, señalan por ejemplo que el Juez puede decidir de oficio respecto a la custodia del menor cuando él lo considere, y tomar las medidas precautorias más convenientes; esto sin embargo no es claro y preciso para dar certidumbre al menor de edad, de que efectivamente en todo procedimientos legal de guarda y custodia habrá celeridad a los mismos, y del hecho que se le recabara su opinión para que manifieste de acuerdo a su madurez, con cuál de sus padres desea habitar, esto en beneficio suyo, este Código Familiar deja desprotegido el interés superior del menor de edad en este supuesto; no obstante esta carencia de reglamentaciones en el Código comentado pareciera que es suplida con lo que está estipulado en la ley adjetiva dado que contempla un juicio oral en donde pueden definirse en prontitud todo lo relacionado a la familia el Código de Procedimientos Civiles de Zacatecas menciona en su Capítulo III, Juicio Oral los siguiente:

“ARTÍCULO 500.- Se tramitarán oralmente.

- I. Las cuestiones de alimentos;
- II. Las que surjan con motivo de diferencias entre marido y mujer;
- III. Las que se produzcan con motivo de la educación de hijos, oposiciones de maridos, padres y tutores, y, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial;
- IV. Los asuntos que conforme a la ley deben ventilarse y decidirse en una sola audiencia y los que requieran celeridad o urgencia especiales;”

“ARTÍCULO 501.- La demanda se formulará en los términos señalados para las del juicio en general. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su entrada en el juzgado, se mandará dar traslado al demandado, emplazándolo para que conteste dentro de tres días, o produzca contestación en la audiencia, si el caso fuere urgente.”

“ARTÍCULO 502.- Desde el momento en que se mande emplazar al reo, se fijará día y hora para la audiencia de pruebas y alegatos procediendo el juez de acuerdo con las exigencias del servicio. En ningún caso, sin embargo, se celebrará esta audiencia después de los veinte días del emplazamiento.”

“ARTÍCULO 503.- Antes de la celebración de la audiencia, las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para facilitar su recibimiento, procediéndose al efecto:

I. A citar a las partes a absolver posiciones que formulen las mismas; bajo apercibimiento de que, si no se presentaren a declarar, serán tenidas por confesas;

II. A citar a los testigos bajo apercibimiento de aplicarles las medidas de apremio procedentes;

III. A dar las facilidades necesarias a los peritos para el examen de objetos, documentos, lugares o personas para que rindan su dictamen a la hora de la audiencia;

Las pruebas que requieran preparación deberán ofrecerse por las partes en la demanda y la contestación.”

“ARTÍCULO 504.- El día y hora señalados, se abrirá la audiencia bajo la presidencia del juez y se celebrará con sujeción a los trámites siguientes:

I. Si no concurriese el actor sin causa justificada, se le declarará de oficio en rebeldía, y se sobreseerá el juicio. Si no concurriese el demandado y no justificare su incomparecencia, será declarado rebelde y continuará el juicio en su ausencia;

VI. Concurriendo ambas partes, el secretario, dará lectura a los escritos de demanda y contestación;

En caso de incomparecencia injustificada del demandado se procederá según lo dispuesto en la fracción I de este artículo;

VII. Producida la contestación a la demanda el juez, después de fijar el debate, recibirá, de las pruebas ofrecidas, las que admita y que estrictamente se relacionen con la controversia.

La recepción y práctica de la prueba se hará oralmente sin necesidad de que se tomen textualmente las declaraciones de los testigos;

VIII. Terminada la práctica de las pruebas, las partes o sus representantes o abogados y el Ministerio Público, cuando intervenga, producirán sus alegatos, con sujeción, en cuanto a su extensión, al tiempo que el juez debe fijar previamente, según las circunstancias del caso;

IX. El juez cuidará de la continuación del procedimiento de modo que no se interrumpa la audiencia, hasta su terminación; en consecuencia, desechará de plano las recusaciones y los incidentes que se promuevan, salvo aquellos que él estime que ameritan resolución, lo que hará en el propio acto.

Si hubiere necesidad de prolongar la audiencia durante horas inhábiles, no se requerirá providencia de habilitación;

X. El secretario, bajo la vigilancia del juez, levantará el acta de la audiencia haciendo constar lo que sea pertinente.”

“ARTÍCULO 505.- Los incidentes de cualquier naturaleza que sean, se resolverán oralmente en la audiencia de pruebas y alegatos, entrándose en el fondo del asunto una vez resueltos.

“ARTÍCULO 506.- El juez dictará sentencia en la audiencia misma o dentro de los cinco días siguientes a la celebración, si la cuestión planteada no permite hacerlo inmediatamente.”

“ARTÍCULO 507.- Las disposiciones relativas al juicio sumario podrán aplicarse al oral en concepto de supletorias, pero en su aplicación el juez deberá tener en cuenta la naturaleza de éste, para no desvirtuarla en ningún caso.”

El Código Familiar dentro de sus disposiciones legales no refiere nada respecto del interés superior del menor de edad, es decir no refiere nada respecto a la necesidad de recabar su opinión para ser tomada en cuentas en aquellas decisiones que en su persona las vaya a resentir, dejando entonces este Código al prudente arbitrio del Juez de que tome las decisiones que considere oportunas, lo cual no da certidumbre al menor de edad en los procesos judiciales; es pertinente resaltar que aún contemplando un juicio oral en el Código Adjetivo, que se pudiera pensar que resolverá en prontitud cualquier conflicto legal que tenga relación con un menor de edad, éste no garantiza que se proteja debidamente el interés del menor en virtud de las observaciones vertidas.

La autora Pérez Nieto Alicia señala al referirse al interés superior del menor de edad,

“...la aparición del concepto interés superior de la niñez supeditada con mayor claridad los derechos que las personas adultas pudieran tener sobre un niño o niña, al deber de atenderlos y cuidarlos, debiendo en el cumplimiento de este deber, buscar siempre el mayor beneficio posible para ellos, como un imperativo de la comunidad hacia las personas que ejercen la patria potestad. Con ello, la función social es ahora explícitamente de orden público e interés social.”⁹⁵

Mientras no exista dispositivos legales que agilicen de manera pronta la actividad judicial, el interés del menor de edad no se le protegerá en su totalidad en su etapa provisional y definitiva en los conflictos jurídico familiares en que intervenga, se debe entender que el menor de edad por el sólo hecho de estar enfrentando un asunto judicial permea su estabilidad física y emocional dando como resultado una afectación a su desarrollo integral.

⁹⁵ PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p. 358.

CAPÍTULO CUARTO
LA NORMATIVIDAD JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE
EDAD EN LA PATRIA POTESTAD

En el presente capítulo analizaré la manera en que el interés superior del menor de edad que está contemplada en la patria potestad debe entenderse en la actualidad por parte de la autoridad judicial, la cuál tiene obligación de protegerlo por ser considerado actualmente al infante sujeto de derechos; denotando que el Código Civil del Estado de México carece de un ordenamiento legal adecuado que proporcione los lineamientos a seguir por parte del Juez para proteger debidamente el referido interés, sin que esto signifique una intromisión a las atribuciones y facultades del Ministerio Público como representante social. En este sentido también se abordarán las atribuciones que el Juez tenga dentro de su jurisdicción cuando tenga conocimiento de un asunto legal donde intervenga un menor de edad para atender íntegramente y no parcialmente el interés superior de éste en la esfera de su competencia, únicamente de esta manera será congruente su actuar con nuestra Constitución, el tratado firmado por nuestro país conocido como Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con leyes federales y locales.

4.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

Al hablar del interés superior del menor de edad el autor Emilio García Méndez señala:

“En su art. 3.1 la Convención acoge el principio de interés superior del niño y establece que 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.”⁹⁶

En este sentido el interés superior del menor de edad ha sido definido como un principio hermenéutico que sin duda se encuentra en los procesos de decisiones institucionales que vinculen a los niños; en este caso los que tiene relación directa a la creación, derogación o abrogación de leyes, lo que implica

⁹⁶ GARCÍA Méndez Emilio, *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. del Puerto, Argentina, 2006, p. 134.

una obligación de satisfacción de los derechos de los niños por parte del Estado, sirviendo ello como una garantía, en cuanto es un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos de los menores de edad; es por esta causa que los preceptos establecidos en la referida Convención sirven como una norma de interpretación para la resolución de conflictos jurídicos; y como orientación jurídica-política para la implementación de actividades del Estado en pro de la defensa de los derechos de los niños.

En conclusión el principio de interés superior del niño incide directamente en la obligación de los Estados de dar prioridad absoluta a la protección de los derechos del menor de edad por medio de instrumentos legales, sociales, económicos, administrativos etc., de los cuales para la presente investigación únicamente abordamos al primero de ellos.

4.1.1 FUNDAMENTO

Para adentrarnos a entender de qué manera se debe abordar eficazmente la protección del interés superior del menor de edad debemos avocarnos a los fundamentos legales del referido interés del menor de edad que si bien está establecido en la legislación civil, su fundamento se encuentra en otras normas legales.

El autor Emilio García Méndez señala:

“Con el término “doctrina de la protección integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Niño, esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b) La reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (reglas de Beijing)

- c) Las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
- d) Las directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).⁹⁷

Es importante precisar que la Convención no fue el primer ordenamiento legal de protección de los derechos del niño, como se puede observar en la cronología de las leyes creadas para tal efecto; sin embargo constituye el instrumento legal más importante por que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normatividad.

Es de comentar que no son las razones de carácter estrictamente jurídicas las que dan la relevancia a la Convención, que para la presente investigación es a la cual nos avocaremos únicamente, sino porque en ella se especifica además las políticas públicas a seguir por el Estado para proteger a la infancia, aclarando claro que entre estas se encuentra el que se dote de una normatividad coherente para la protección de los derechos de los infantes.

La Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental en los ordenamientos jurídicos determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia.

Como se viene determinando, para adentrarse al conocimiento exacto del interés superior del menor de edad, que está comprendido dentro de la institución jurídica de la patria potestad, es necesario avocarnos a los orígenes o fundamentos legales internacionales y nacionales y locales que motivaron que quedara plasmado en nuestra legislación civil el referido interés superior de los infantes, lo que nos dará un panorama legal de que debe entenderse por él mismo.

⁹⁷ GARCÍA Méndez Emilio, *Infancia y Adolescencia, de los Derechos y de la Justicia*, Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Distribuciones Fontamara, 2a. ed. México, 2001, p. 29.

En este orden de ideas, comento que en fecha 20 de noviembre del año 1989 surge la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, misma que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual nuestro país la ratificó el 21 de septiembre de 1990, siendo publicada la misma en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, entrando en vigor en México el día 21 de octubre de 1990.

En la referida Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo segundo y cuarto establecen respectivamente:

“Artículo segundo.

1 Los Estados partes respetaran 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 cuarto.

Los Estados Partes adoptaran 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.”

Del artículo segundo se puede apreciar que los Estados Partes del cual forma parte nuestro país deberán hacer respetar los derechos contenidos en la Convención a favor de los niños, sin distinción e independientemente de sus padres o de representantes legales, además tendrán la obligación de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos antes mencionados.

También se puede apreciar en el artículo tercero que el Estado está facultado para legislar todo lo necesario para dar efectividad a la protección de los derechos de los menores, esto implica que puede crear leyes, ya sea para abrogar las existentes o derogar artículos que se encuentren en leyes, las cuales ya no estén acorde al momento histórico que se vive, como consideró suceder en el Código Civil del Estado de México.

La autora Pérez Duarte Alicia señala:

“...como efecto inmediato de la Convención sobre los derechos del niño (y la niña), aparece en el sistema jurídico mexicano el concepto del interés superior de la niñez, el cual implica que en todo momento las políticas acciones y toma de decisiones relacionados con este periodo de la vida humana tendrán que realizarse de tal manera que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.”⁹⁸

Es importante señalar que la redacción del interés superior del menor de edad en nuestro Código Civil tiene como fundamento la Constitución misma que después de casi diez años de que fue firmada la Convención sobre los derechos del niño, en su artículo cuarto plasma lo que se considera el concepto de interés superior de la infancia, reconociendo a niñas y niños como sujetos de derecho y no como sujetos de protección, lo que daría pauta posteriormente a una ley nacional reglamentaria del artículo cuarto, siendo esta la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes vigente desde el 29 de mayo del 2000.

En el Artículo Cuarto Constitucional se señala:

“... 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.

⁹⁸ PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p.p. 357 y 358.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”⁹⁹

Como es de apreciarse el artículo 4º constitucional, señala la necesidad de establecer los principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano habrá de garantizar que niñas, niños y adolescentes ejerzan plenamente sus derechos, los cuales se plasmaron en nuestro Código Civil a mi punto de vista de manera muy general y sin preocuparse a mi punto de vista de proteger verdaderamente el interés superior del menor de edad.

Habiendo pasado aproximadamente diez años de haberse firmado la Convención sobre los derechos del niño se reformó el artículo cuarto constitucional, en el que se consideró el interés superior del menor de edad, reconociendo ya a los mismos como sujetos de derecho y no ya como sujetos de protección; lo que daría como consecuencia posteriormente a nivel nacional una ley reglamentaria del artículo cuarto, conocida como Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual es vigente desde el 29 de mayo del 2000, la cuál tiene relación directa para la regulación que se diera en nuestro Código Civil del interés superior del menor de edad en forma eficaz pues ello se desprende de la redacción de los siguientes artículos de la ley a que me he referido:

“Artículo 1

La presente ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de su competencia, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley.

⁹⁹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Dada en el Salón de Sesiones del Congreso Constituyente de Querétaro, el 31 de enero de 1917, México, p.p. 9 y 10.*

Artículo 3

La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

A. El del interés superior de la infancia.

B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.

C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.

D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.

E. El de tener una vida libre de violencia.

F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.

G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Artículo 5

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República.

Artículo 7

Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

Artículo 19

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social.

Artículo 48

Para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito

Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos.

Artículo 49

Las instituciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las facultades siguientes:

A. Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos de niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 Constitucional y las previstas en la legislación aplicable.

B. Representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables.

C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

E. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones en favor de la atención, defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

F. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.

G. Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones en favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.

H. Definir, instrumentar y ejecutar políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

I. Aplicar las sanciones establecidas en esta ley.

J. Las demás que le confieran expresamente las disposiciones legales aplicables.

Artículo 50

El Gobierno Federal promoverá la celebración de convenios de coordinación con los gobiernos del Distrito Federal, estados y municipios, a efecto de realizar acciones conjuntas para la procuración, protección y defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes.¹⁰⁰

Mediante esta ley se sentaron las bases de un sistema de protección de la infancia basado en la garantía plena de sus derechos, de acuerdo al criterio de una protección integral.

¹⁰⁰ *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Diario Oficial de la Federación, México, 28 de abril del 2000, p.p. 81,82,86,95 y 96.

Es trascendente puntualizar que en el Estado de México cuenta con una Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que sin duda dan ciertos parámetros para entender al interés superior del menor de edad, sin embargo como más adelante se establecerá hace falta una regulación eficiente en nuestro Código Civil dentro de la patria potestad, que defina las directrices de protección de la autoridad judicial respecto del interés superior de los infantes; la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece:

La ley en comento establece,

“Artículo 1 Las disposiciones de esta ley son de orden público, interés social y observancia general y tienen por objeto garantizar las bases y procedimientos sobre los derechos, prevención y atención de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México, lo que será considerado por todas las instituciones públicas o privadas.

Artículo 2 La presente Ley tiene por objeto:

III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a fin de:

d) Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.

Artículo 3 La aplicación de esta Ley estará a cargo del Ejecutivo Estatal a través de sus dependencias, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la Entidad; las autoridades judiciales; los Municipios a través de sus Dependencias y los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia en sus respectivos ámbitos de competencia y jurisdicción.

Artículo 4 Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

IV. Interés superior de las niñas, niños y adolescentes: Este interés implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones de las instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, relacionados con este periodo de vida, deberán dar prioridad a los derechos reconocidos en los ordenamientos legales;

Artículo 8 Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta ley, los siguientes:

I. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio, lo que implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones de las Instituciones Públicas, Privadas, Tribunales, Autoridades Administrativas o los Organos Legislativos, relacionadas con este periodo de vida, deberán dar prioridad a los derechos reconocidos en los ordenamientos legales, a fin de que la Niña, el Niño o el Adolescente alcancen su desarrollo, la plenitud de sus aptitudes y de la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades; tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio estado garantizarán ese pleno desarrollo;

Artículo 9 Son derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México, de manera enunciativa, mas no limitativa, los siguientes:

I. El respeto a la vida, integridad, privacía y dignidad personal:

a) A la vida con calidad, siendo obligación del padre y la madre, tutores o de quien ejerza la patria potestad, de la familia y de la sociedad garantizar su sobrevivencia y su desarrollo, y tener acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello; el Estado debe garantizar y proteger este derecho, con políticas públicas que garanticen su supervivencia, seguridad y desarrollo integral;

II. La identidad, seguridad jurídica y familia:

e) A no ser separados de sus padres, tutores o quien ejerza la patria potestad, excepto mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación;

f) A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado, tomando en cuenta su edad y madurez en los procedimientos judicial, administrativo o laboral, de manera directa o por su representante legal;

IV. La educación, recreación, información y participación:

f) A expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a ser escuchados en el ámbito familiar y comunitario, así como todo procedimiento administrativo o judicial que afecte sus esferas, personal, familiar y social; y

Artículo 10 Las niñas, niños y adolescentes gozarán de todos los derechos y garantías contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley Federal para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, en los Principios Generales de Derecho, y en esta Ley.

De igual forma la reforma constitucional estableció las bases en materia de la protección a los derechos de la infancia, para los Estados y Municipios así como del Distrito Federal en respeto de la distribución de competencias que hace la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre los tres ámbitos de gobierno.”¹⁰¹

Se tiene el fundamento legal para que el Congreso local legisle lo mas eficazmente posible en el Código Civil del Estado de México en la institución jurídica de la patria potestad lo concerniente a la debida protección del interés superior del menor de edad; a fin de que se hagan efectivos las garantías y derechos constitucionales de los infantes de conformidad con los principios jurídicos internacionales, federales y locales dispuestos; se puede concluir que existen instrumentos legales que sirven de base para que el actuar del Estado Mexiquense se dirija a crear cuerpos legales eficaces para la protección de la infancia, lo cual no sucede teniendo como prueba la redacción legal que se le da a la patria potestad y por ende al interés superior del menor de edad.

4.1.2 FINES

La autora Alicia Pérez Duarte señala:

“...la aparición del concepto del interés superior de la niñez supeditada con mayor claridad los derechos que las personas adultas pudieran tener sobre un niño o niña, al deber de atenderlos y cuidarlos, debiendo, en cumplimiento de este deber, buscar siempre el mayor beneficio posible para ellos, como un imperativo de la comunidad hacia las personas que ejercen la patria potestad. Con ello, la función social es ahora explícitamente de orden público e interés social”.¹⁰²

¹⁰¹ *Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México, México, 10 de septiembre del 2004, p.p. 1,2,3,4,5 y 9.*

¹⁰² PÉREZ Duarte Alicia, *op. cit.* p. 358.

Una preocupación latente para el Estado es la protección de los derechos de los menores de edad cuando quienes ejercen la patria potestad tuvieren conflictos entre ellos que perjudiquen a los infantes o bien cuando sus intereses fueran contrarios a la de sus hijos menores; es entonces que viene a considerarse el concepto de orden público en los asuntos de la familia y tratándose de los menores de edad; por constituir ésta la base de la integración de la sociedad. Como ejemplo hipotético podemos señalar que el Juez teniendo un cuerpo de leyes civiles coherentes debe emitir su fallo de tal modo que queden cubiertos todos los ámbitos implicados en el desarrollo del infante, llámese ambiente en el que vive, alimentación, educación, cuidado atención y salud, entre otros, lo cual como señaló no se cumple de modo total.

Es importante destacar que los menores por su indefensión biológica y psicológica ocupan un lugar predominante en la protección jurídica, por ello toda decisión susceptible de influir en su esfera personal debe prioritariamente, atender a lo que más le beneficie, para que de esta manera obtenga un desarrollo integral armónico, pues insisto es un deber de la autoridad judicial que, cuando el interés de un menor enfrente a los de sus progenitores, aquel debe ser preponderantemente atendido en forma pronta y expedita, lo cual por falta de leyes eficaces no sucede y sigue quedando a manera de interpretación por parte del Juzgador de que debe proteger tratándose del interés superior del menor de edad.

Es por ello que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como finalidad asegurarles un desarrollo pleno e integral, implicando por tal causa la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, lo que ocurriría en gran medida si además de otras disposiciones legales que expidiera el Estado por conducto del poder legislativo para este fin, se contase con un cuerpo legal civil que contuviera disposiciones legales que protegieran debidamente los derechos de los infantes en los conflictos legales en que intervinieren.

La autoridad judicial para que se encuentre en aptitud de aplicar efectivamente la normatividad vigente que protege el interés superior de los menores, debe tener un marco legal en el Código Civil que incluya de manera enunciativa los principios rectores que tengan bases en la Constitución, leyes federales y locales, a fin de que se le dé una óptima protección y desarrollo de los menores de edad.

La autora Alicia Pérez Duarte se refiere de la siguiente manera al hablar del interés superior del menor de edad:

“El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derecho y libertades que puede ejercer por sí mismo.”¹⁰³

De esta aseveración podemos señalar que un menor de edad puede ser visto actualmente como un sujeto de derechos de los cuales deben ser protegidos debidamente buscando siempre lo más benéfico para él, por ello el Código Civil del Estado de México debe ser congruente con el paradigma actual que se vive tratándose de protección de los menores de edad en donde la concepción de la patria potestad debe de entenderse de forma distinta a la de antaño; quienes ejercen este derecho lo podrán hacer exclusivamente para cumplir deberes en beneficio de sus hijos y cuando se encuentren dirimiendo controversias legales familiares debe de existir la vigilancia del aparato judicial afecto de velar que no se transgredan los derechos de los menores, entonces verdaderamente se estará protegiendo el interés superior de ellos.

¹⁰³ *Ibidem*, p.359

4.2 LA PROTECCIÓN DEL ESTADO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

La actuación del Estado en la protección de los menores de edad en el ámbito civil es de vital importancia, en virtud que tiene como obligación ser el protector de los intereses de los infantes primeramente creando leyes que permitan que estos gocen de todos los derechos legalmente reconocidos por nuestro país, lo que permitirá que su actuación este sustentada en las disposiciones creadas para tal efecto; dando como consecuencia que su intervención sea eficaz cuando se estén dirimiendo controversias legales en donde se encuentren menores de edad relacionados.

El autor Emilio García Méndez señala:

“El primer mandato al que apela el nuevo modelo, como lógica consecuencia del reconocimiento de la ciudadanía plena de la niñez es la consideración del Estado como el principal garante de la satisfacción de los derechos de los niños. En este sentido, se destaca la necesidad de un Estado social, que podría definirse como de bienestar, en tanto implica la obligación del Estado de brindar todas las herramientas para que los niños gocen de sus derechos.

El Estado es definido como el principal responsable en la planificación y ejecución de una política social que genere tanto igualdad de oportunidades para acceder a los bienes, como inclusión social.

El art. 4 de la Convención refiere: “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.”¹⁰⁴

Como he venido indicando dentro de la patria potestad los padres tienen facultades ilimitadas que puede propiciar que su actuar sea libre para elegir cuales son las acciones más convenientes para sus hijos. Tienen la libertad de

¹⁰⁴ GARCÍA Méndez Emilio, *op. cit.* p.131.

elegir su educación, inculcarle los valores, las creencias religiosas o los hábitos de vida que juzguen positivos y nadie debe entrometerse en esas decisiones.

Si bien puede establecerse que los padres al tener la patria potestad de sus hijos tienen la libertad sobre ellos para formarlos, pudiera entonces pensarse que el Estado cumple únicamente una labor de vigilancia o subsidiario en la vida familiar, en caso contrario iría en contra de derechos fundamentales de la padres de los menores, sin embargo tratándose actualmente los intereses de los menores el actuar del Estado es amplio e ilimitado teniendo como premisa para su actuar que se encuentre en peligro o en conflicto los intereses de los menores de edad, puedo señalar a manera de ejemplo, que toda participación de un menor de edad dentro de un juzgado familiar el Estado por conducto de Juez debe proveer todo lo necesario a efecto de que queden debidamente protegidos los derechos de los infantes, en donde la participación del Estado debe ser activa y sustentada en preceptos legales que permitan definir su actuar, lo cual insisto no ocurre en la legislación civil del Estado de México

La autora Julieta Moreno Torres Sánchez señala:

“La evolución de la intervención pública en el ámbito de la protección de menores es paralela a la mayor mención al interés del menor que se realiza por la legislación. La nueva concepción de la patria potestad, como menciona Francisco Rivero Hernández, F. es fruto de la crisis del autoritarismo y de la nueva valoración de la personalidad del menor sobre el que la ejerce, llevan una interpretación finalista de ciertas instituciones clásicas (patria potestad, tutela, adopción...) e inspiran el espíritu de las nuevas instituciones familiares (acogimiento, guarda...) El interés del menor es considerado como un principio general del derecho.”¹⁰⁵

Por lo tanto, en los casos en que quienes ejerzan la patria potestad lo hagan de manera contraria a los intereses de sus hijos menores, es decir, no interpreten de manera adecuada este derecho y deber o se encuentren sometidos

¹⁰⁵ MORENO Torres Sánchez Julieta., *op. cit.* p. 31.

en conflictos jurídico familiares, deberá haber intervención judicial; es por ello que la patria potestad es una responsabilidad que el Estado le interesa saber de que manera se desarrolla para saber como se forma y educa al menor, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, es pues evidente el interés público implicado en la protección del interés superior del menor de edad.

4.2.1 LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Es importante detallar la siguiente explicación que no sale del contexto que se aborda en la presente investigación, para entender aún más los fines que debe perseguir la legislación civil en el Estado de México, para ello es necesario entender que el menor al pertenecer a un núcleo familiar goza de diferentes derechos esenciales para su desarrollo integral; en este sentido como ya se señaló el interés superior del menor de edad plasmado en la legislación civil tiene su fundamento en el art. 4 constitucional y en la Convención Internacional sobre los derechos del niño, siendo clara la función que debe desempeñar el Estado a través de su aparato judicial.

Con respecto a lo señalado el autor García Méndez Emilio establece:

“A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes, prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño...”

Se aprecia que la Convención reconoce el derecho y la obligación de los padres en lo atinente a la crianza y desarrollo del niño para que ejerza sus derechos. La familia constituye la institución primordial donde los niños y niñas deben desarrollar el ejercicio pleno de sus derechos.”¹⁰⁶

La protección de los intereses de los infantes por parte del Estado radica esencialmente cuando se está en presencia de conflictos de intereses legales opuestos entre los menores con sus padres como se ha venido señalando, radica

¹⁰⁶ EMILIO García Méndez, *op. cit.* p. 133.

sin duda en proteger al menor de edad de una crisis familiar que surge entre sus integrantes, donde el modelo de concepción de la familia cambia reconociendo su esencia, recreándola y proyectándola en la creación de nuevos instrumentos legales eficaces que protejan debidamente al miembro más débil del mismo, el menor de edad.

La autora Aspe Armella Virginia señala: “La intención es analizar la supuesta crisis de la familia desde la coyuntura de hoy, con la estructura de siempre y buscando el orden y el funcionamiento que le permita cumplir plenamente con su misión.”¹⁰⁷

Es por tal situación necesario reconocer la diversidad abierta y flexible de las necesidades de sus miembros, en este caso el del menor de edad. Todas las personas somos seres de necesidades aún más los menores de edad, es necesario aceptar por ello que los infantes cuentan con capacidades propias y distintas de sus padres, mucho más cuando atraviesan conflictos legales entre ellos lo que impactara al menor de edad en su desarrollo físico y emocional.

En este sentido, en mi opinión dentro de la familia no se cubren de manera integral las necesidades de un menor de edad, éstas se producen por diversos factores ya sean económicas, afectivas etc.; por tal causa se deben reconocer los derechos y deberes tanto del menor de edad como de quien ejerza la patria potestad de ellos, reconociéndole al Estado la facultad de intervenir por conducto de la autoridad judicial para velar la protección del interés superior del menor de edad, cuando llegue a su conocimiento que se esta lesionando el referido interés.

Muchas veces se ha cuestionado la participación del Estado por parte de la autoridad judicial para proteger el interés superior del menor de edad, en razón

¹⁰⁷ ASPE Armella Virginia, *Familia: Una jornada sobre su naturaleza, derechos y responsabilidades*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 225.

que no existen disposiciones legales expresas eficaces en la legislación civil mexiquense, que permitan adecuadamente darle una protección integral en apego a disposiciones internacionales, federales y locales; en la medida en que un ordenamiento jurídico subsiste en una determinada sociedad, se puede afirmar que los individuos adoptan mayormente una actitud de respeto y cumplimiento, que refleja la legitimidad de quienes ejercen las funciones judiciales de protección a los infantes, por ello es necesario legitimar aún más su actuar del juzgador con disposiciones eficaces que protejan debidamente el interés superior del menor de edad.

El autor Blanco Fornieles Víctor señala:

“Las impartición de justicia es entonces un elemento significativo pero podría considerarse en principio que no tiene una incidencia cuantitativa importante; el efecto de un mecanismo jurisdiccional ineficiente se magnifica sin embargo cuando el resto de la justicia en el ordenamiento jurídico está fallando.

Cuando el ordenamiento jurídico enfrenta problemas de justicia, cualquier injusticia en que incurra el sistema jurisdiccional significa una amenaza de injusticia para todos los demás miembros de la colectividad. Cuando el ordenamiento jurídico es sustancialmente justo, la injusticia en que incurre el sistema jurisdiccional se enmarca en la contingencia de perder un juicio, que cualquiera de los individuos enfrenta.”¹⁰⁸

Lo antes citado da pauta a comentar lo importante que significa tener un cuerpo de leyes civiles coherentes que permitan hablar de lo que en justicia debe resolverse tratándose de menores de edad, un conflicto legal siempre será cuestionado por las partes que intervienen cuando más si no existen disposiciones legales expresas que fundamente adecuadamente el actuar de la autoridad judicial.

Es generalizada la tendencia a considerar que la actuación de la autoridad judicial tiene una dimensión creadora e interpretativa, es decir, que los jueces al resolver las controversias que se les plantean y emitir las normas individualizadas

¹⁰⁸ BLANCO Fornieles Víctor Blanco, *Derecho y Justicia. Una mirada a la justicia, el estado de derecho y la morfología de las reglas del derecho*, Ed. Porrúa, México, 2006, p.p. 21 y 22.

que les ponen fin lo que hacen, más que aplicar a manera de silogismo de las normas jurídicas, es crearlas mediante su interpretación.

El autor Víctor Blanco Fornieles señala:

“Me parece que puede aceptarse sin gran dificultad que en la función que desempeñan los jueces hay ocasiones en las que es posible la simple aplicación de la norma general y abstracta para resolver la controversia; hay ocasiones en que el conjunto normativo, sin contener una regla que resuelva de manera directa la controversia, sí provee de los medios necesarios para encontrar en él la solución del caso; y que hay ocasiones en que la controversia que se plantea no encuentra una respuesta en el conjunto de reglas y la solución tiene que ser generada ex novo por el juzgador.”¹⁰⁹

Por lo tanto, el Estado debe velar por que esos supuestos de protección que hemos venido comentando, tengan solución rápida y eficaz para la protección de los derechos del niño, quien por ser un débil social, por razón de la edad y demás circunstancias especiales, el estado tiene mayor compromiso de amparar ante cualquier ciudadano, llámese papá o mamá, sus intereses.

Sin perjuicio de lo señalado, y hasta tanto no se concreten las reformas a nuestra legislación civil, se impone al Estado y a la autoridad judicial una ardua tarea de reinterpretación de los textos del Código Civil que resultaron afectados invariablemente por nuestra Constitución y Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

4.2.2 LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Se señala actualmente en el Código Civil del Estado de México la función o parámetros del Juez tratándose del interés del menor de edad; ¿con ello se protege debidamente dicho interés? en mi opinión, no, se necesita de disposición legal expresa que le indique el actuar que tendrá en las diligencias donde intervengan menores de edad.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 53.

Los autores Polakiewicz, Grosman, Chavanneau, Maggio, Gorvein Ramos, López Faura, Vicchio, Risolía de Alcaro Levaggi, Calvo, Kozicki, señalan:

“No sólo la diferencia cultural engendra particulares interpretaciones acerca de lo que es “bueno” o “malo” para el niño, sino que dentro de una misma sociedad confluyen ideologías diversas que revelan el pluralismo propio de un sistema democrático. Los jueces son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales.

Por ejemplo, si la idea del juzgador es preservar a la familia de una intromisión estatal, verá como beneficioso para el niño que la justicia se inmiscuya lo menos posible en las decisiones paternas y tolerará en mayor medida los excesos de un progenitor. En cambio, si el Juez, por encima de la privacidad de la familia, pone el acento de garantizar los derechos del niño, sus determinaciones serán más intrusivas y la autoridad de los padres sufrirá mayores limitaciones en virtud del “interés del hijo.”¹¹⁰

La defensa del interés superior del niño ha permitido a los jueces asumir aún que no de manera integral una postura más comprometida, dirigida a orientar y ayudar a las familias en conflicto. De esta manera, el tribunal ha ordenado por ejemplo terapias al grupo familiar, bajo apereamiento de que la negativa a su cumplimiento se valore como un elemento de juicio para modificar cualquier aspecto familiar todo ello en beneficio a los derechos de los infantes.

Es importante señalar que los juzgadores actualmente tratando de proteger el interés superior del menor de edad, le recaban su opinión para proveer lo que fuere mejor para él sin duda relacionado con material probatorio diverso; en este tenor la voz del niño a ser oído se asocia, precisamente, con la determinación de cuál es “su mejor interés”. Cuando un Juez quiere evaluar cuál es la decisión que mejor le favorece, se imagina una mejor calidad de vida, física y psíquica, un desarrollo más favorable, menores riesgos, etc. Indudablemente, uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer al niño, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones, su parecer sobre lo que vive dentro del juicio.

¹¹⁰ GROSMAN, POLAKIEEWICZ, CHAVANNEAU, MAGGIO, RAMOS, GORVEIN, LÓPEZ Faura, VICCHIO, LEVAGGI Risolía de Alcaro, CALVO, KOZCKI, *Los derechos del niño en la familia*, Ed. Universida., Argentina, 1998, p. 28.

En el nuevo modelo que se plantea a raíz de los preceptos legales de la Convención, se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse estrictamente de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público o privado (familia). Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier Juez, están limitados en su intervención por las garantías constitucionales, esto en razón que el interés superior del menor de edad ya está jerarquizado de manera constitucional como civil; por tal razón deberán además ser idóneos en derecho, más allá de tener conocimiento específicos de temas vinculados con la infancia.

La autora Mary Beloff señala:

“La protección es ahora de los derechos del niño. No se trata como en el modelo anterior; de proteger a la persona del “menor” sino garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado violado no es posible intervenir. Por lo tanto, esa protección reconoce y también promueve derechos, no los viola ni restringe, y por este motivo la protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo supuestos excepcionales en los que exista peligro concreto para la vida del niño.”¹¹¹

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sin duda representa una herramienta fundamental para crear un marco de legalidad, sin embargo a nivel de nuestra legislación civil no existen preceptos legales que legitimen fehacientemente el proceder de la autoridad judicial para abordar debidamente la protección integral de los derechos de los infantes, existe una dificultad adicional que obliga a trabajar desde la legalidad, para que los derechos de niños los niños sean respetados, es necesario contar con leyes cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados especialmente para ello.

Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, como serían reformas a nuestra legislación civil para

¹¹¹ BELOFFf Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. del Puerto, Argentina, 2004, p. 38.

adecuar mayormente la protección de la infancia, permaneciera en el nivel de las buenas intenciones lo preceptuado en la Convención.

La autora Mary Beloff señala:

“En este sentido, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño se convirtió probablemente a pesar de ella misma y de quienes la escribieron en un diseño utópico; no en el sentido de utopía regresiva, sino en un texto, en una narrativa que nos habla de cómo queremos que el Estado y el mundo adulto en general se relacione con la infancia. Su impacto a través de reformas legales en América Latina permite advertir cómo la ley incide directamente para que la realidad de la vida de los niños se acerque un poco a ese diseño utópico.”¹¹²

Es importante enfatizar que el eje ideológico más importante que trazó la Convención, es considerar a la familia como la institución natural y social fundamental dentro de la cual el niño tiene derecho a permanecer y desarrollarse en las distintas etapas de su vida, siendo cuidado y contenido material y afectivamente por quienes ejercen su patria potestad. El niño debe de ser considerado un objeto de disposición de los adultos, para erigirse en el centro de vida de la familia, con derecho a que, ante cualquier conflicto, sus intereses fueran tenidos especialmente en cuenta, y a ser oído, en forma directa y personal, o indirecta, conforme a su madurez evolutiva, en todo ámbito judicial donde se ventilara cualquier cuestión que lo pudiera afectar.

Los jueces familiares deben intervenir cuando los derechos fundamentales de los infantes se encuentran seriamente amenazados y/o violados por sus propios padres y/o parientes que lo tienen a cargo o conviven con el niño (hermanos; abuelos; tíos, primos; etc.).

Insisto que existen mecanismos legales que indican la manera cómo debe actuar el juez, y qué medidas de protección puede ordenar. Y si bien en materia proteccional el juez tiene facultades investigativas y ordenatorias, la posibilidad de

¹¹² *Ibidem.*, p. 44.

disponerlas y la eficacia de las mismas, queda supeditada a que existan preceptos legales adecuados, suficientes y coherentes tendientes a su satisfacción, lo cual la legislación civil del Estado de México no satisface.

A mayor abundamiento, los jueces dependen de factores extra poder, es decir su actuar queda supeditado a lo que haga el Estado, como sería el caso de legislar lo necesario para la debida protección de los menores de edad.

También es de comentar que la autoridad judicial en su función o actividad, necesariamente se mueven en base a reglas de la experiencia que dan algunas pautas y/o criterios de actuación. En este sentido, siempre se parte de la presunción de que un padre (padre o madre) no va a dañar intencionalmente a sus hijos, sino que por el contrario, tiende naturalmente a cuidarlos. Sólo cuando los primeros elementos de prueba (pericias psíquicas, trabajo social, testimonios, etc.) permiten sospechar de la posibilidad de un maltrato, negligencia grave o abuso, entonces el actuar de la autoridad judicial es ordenar medidas de protección que pongan al niño y sus derechos, a resguardo; cabe mencionar que es precisamente al inicio de un conflicto judicial cuando el actuar del juez pudiera ser de oficio para recabar infinidad de pruebas tendientes a establecer un criterio razonado en cuanto a que va a ser lo mejor para el menor de edad, lo cual señalo no se presenta actualmente.

Ahora bien, enfatizamos que la responsabilidad funcional que compete a la autoridad judicial, no puede dejar de advertirse, que cuando le ocurre algo a un infante, y sobre todo, cuando el daño proviene de alguno de sus padres o familiares íntimos, los primeros responsables son sus propios padres, porque a ellos la naturaleza y la sociedad los ha puesto como primeros garantes de su salud, educación y desarrollo espiritual, es decir los derechos y deberes que devengan de la institución jurídica de la patria potestad.

Cuando los propios padres no demuestran conciencia y voluntad de superar la crisis familiar que viven y tienen la necesidad de que una autoridad judicial dirima sus controversias, el Juez que conozca de las mismas tiene el deber de protegerlo integralmente con la finalidad que el proceso en que este inmerso no le provoque en demasía daño alguno, por ser ahora él, garante o protector del interés superior del menor de edad.

Por eso, es positivo que el Estado proporcione a la autoridad judicial, leyes coherentes a la vida actual en materia familiar a fin de adecuar un marco protector ideal con base en la Convención para garantizar debidamente los derechos fundamentales de los infantes, con ello se lograra, proteger integralmente y/o restaurar derechos vulnerados al menor de edad.

4.3 ACTUAL ORDENAMIENTO CIVIL QUE REGULA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD CONTEMPLADO EN LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil del Estado de México no refleja lo plasmado en la Convención, sin duda es necesario alterar sensiblemente el panorama legislativo, dando origen a nuevas leyes inspiradas en la doctrina de la protección integral; lo que traera consigo no dejar desprotegidos el interés superior del menor de edad, que a mi opinión actualmente sucede.

El autor García Méndez Emilio señala: “El movimiento de reformas legislativas post-Convención ha dado lugar a un proceso rico, heterogéneo y muchas veces altamente contradictorio. Esto, porque la Convención no sólo representa un desafío en términos de contenidos de la ley, sino que además sugiere formas nuevas de producción legislativa.”¹¹³

En las últimas décadas, la patria potestad se ha hecho menos rígida y más adecuada a las circunstancias evolutivas de la familia, dentro del contexto social

¹¹³ GARCÍA Méndez Emilio, *op. cit.* p.29

de nuestro país, siempre buscando distinguir entre los derechos que tiene el padre sobre la persona de los hijos y los derechos que les corresponden sobre sus bienes, que dejan de ser un monopolio exclusivo del padre para otorgarlos conjuntamente a ambos cónyuges, aunque de manera limitada respecto de los hijos menores de 18 años.

Dentro de los lineamientos de nuestra legislación, la patria potestad tiene dos ámbitos de protección: patrimonial (bienes muebles e inmuebles que la mayoría de los menores no poseen) y personal, este último centrado más en los efectos sobre las personas, ya que da derechos y obligaciones sobre la crianza, educación y corrección de los hijos.

La finalidad de la Patria Potestad es proteger al menor en su seguridad, salud y moralidad, así es que ella está instituida en interés del menor; en este sentido la patria potestad cumple su función deber de proteger a los infantes, sin embargo cuando quienes ejercen la patria potestad dirimen o tratan algún aspecto legal a la vista de una autoridad judicial es cuando comienza por parte de este último de la vigilancia y protección del interés superior del menor de edad, en razón que quienes ejercen la patria potestad tienen una idea individual y no general de lo que es benéfico para el menor de edad, es entonces donde el juzgador e insisto sin invadir atribuciones del Ministerio Público, debe procurar de manera pronta y expedita tratar todo lo concerniente respecto del menor de edad a efecto de no deteriorar el interés superior del infante.

En este sentido los autores Toledo Martínez María Gabriela y Ortega Castro Juan Carlos, señalan tratándose del interés superior del menor de edad:

“En este orden de ideas. Es obvio que el principio de interés superior de la niñez representa una significativa evolución en el concepto de los derechos humanos, pues involucra y sintetiza en un solo sujeto (que es el niño, niña o adolescente) derechos de las tres generaciones que la doctrina reconoce, esto es, comprende derechos del individuo (o de primera generación) como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal; los derechos

sectoriales o de clase (de segunda generación) en los que se otorga una esfera de protección a la población infantil, concebida como sector o clase, como es el caso de las normas relativas a sancionar la violencia intrafamiliar ya respetar los derechos de expresión de ideas y de su manifestación; y los derechos entorno (de tercera generación), en los que el Estado está obligado a realizar actos tendientes a crear un marco o ambiente propicio para el desarrollo de ciertas actividades, en este caso tendientes a proteger el desarrollo y la estabilidad del niño”.¹¹⁴

De lo afirmado por los autores que se citan es de observarse que el Estado a través de su poder legislativo correspondiente, tiene una obligación de legislar de manera adecuada toda norma tendiente a proteger el interés superior del menor de edad dando como resultado proteger el orden público, lo que traerá como consecuencia directa que los encargados de impartir justicia tengan un aparato legal en el ámbito civil acorde al contexto actual que se vive en donde sean considerados los principios plasmados en la Convención de los Derechos de los Niños, la Constitución, leyes federales y locales.

Es trascendente precisar que el conjunto de responsabilidades, derecho, deberes de los progenitores respecto de sus hijos, no debe mantener la denominación latina de patria potestad, que debe ser reemplazada por términos más adecuados a la naturaleza de las relaciones jurídicas familiares que comprende. A partir de la Convención sobre los derechos del Niño, los deberes y derechos de la inadecuadamente llamada patria potestad encuentran un límite en el derecho a la intimidad de los niños y adolescentes.

El autor García Méndez Emilio señala:

“Se demanda el desarrollo de un nuevo marco legislativo que tome debida nota de que existe interdependencia entre los conceptos de patria potestad y las facultades de los niños. El derecho del niño a ser escuchado ya ser informado debidamente en toda clase de proceso en que sea parte constituye una manifestación de su autonomía en las relaciones personales de familia. Resulta imperativo el pleno reconocimiento del hijo como individuo autónomo que, más allá del conflicto de sus padres, tiene derecho

¹¹⁴ TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *op. cit.* p.71.

a acceder; a ejercitar y a obtener la ayuda y colaboración para preservar el vínculo con ambos.”¹¹⁵

Hablando de la protección integral de derechos es necesario reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y con titularidad de ejercicio, superando el paradigma de la incapacidad.

Actualmente los niños son definidos de manera afirmativa, como sujetos pleno de derechos. Ya no se trata de menores o incapaces, sino de personas cuya particularidad reside en su proceso de desarrollo. Todavía no se le protege integralmente al menor de edad, no existen dispositivos legales que agilicen la intervención que tenga en los procesos judiciales lo cual le ocasiona sin duda problemas físico y emocionales, como ejemplo es el caso que no se señala en que momento del proceso se le recabará su opinión pudiendo recabarla la autoridad judicial al inicio del proceso o al final del mismo antes que se dicte sentencia; mismo caso ocurre al solicitar la intervención de peritos en materia de trabajo social o psicología; entonces surge la interrogante ¿se le protege debidamente al menor de edad sus intereses?, lo cual insisto que todavía no se logra eficazmente dado que no existen preceptos legales apropiados para tal efecto.

4.3.1 LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN CIVIL

El Código Civil del Estado de México carece de preceptos legales que conceptualicen jurídicamente a la patria potestad y al interés superior del menor de edad, de este último únicamente considera supuestos jurídicos de protección en caso de que existan diferencias legales entre quienes ejerzan la patria potestad como ejemplo tratándose de su guarda y custodia o de cualquier conflicto de derechos que se contrapongan los intereses de los menores y de quienes ejerzan la patria potestad, se debe cambiar la conceptualización del

¹¹⁵ GARCÍA Méndez Emilio, *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, op. cit. p.74.

menor de edad para dejar de ser considerado sujeto de protección por el de derechos en donde en estos últimos claro, se contemple su protección integral; en este sentido no existen disposiciones legales enunciativas eficaces que den como resultado una protección idónea del interés superior del menor de edad, mismas que den pauta a considerar al menor de edad como he dicho un sujeto de derechos.

En este sentido el Código Civil del Estado de México tiene como premisa fundamental para la protección integral del principio del interés superior del niño el artículo 3ro de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de la cual ya nos hemos referido; esta es la base o sustento para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños y los adolescentes, en ella se establecen líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias de la sociedad a nivel federal estatal y municipal, poniendo límites a la discrecionalidad de sus actuaciones, por tal causa la responsabilidad de proteger el interés del infante corre a cargo del Estado en donde el poder legislativo debe crear normas legales eficaces que la autoridad judicial pueda utilizar para proteger debidamente el multicitado interés superior del menor de edad cuando quien detenta la patria potestad no la ejerce debidamente.

El autor Carbonell Miguel señala:

“El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales como es comprensible han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público; esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil no sean aplicables en este nuevo contexto”.¹¹⁶

Es importante adentrarse a un estudio nuevo de la protección de los menores desde dos ámbitos que sin duda quedan totalmente relacionados, la

¹¹⁶ CARBONELL Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 236

protección constitucional que se les da a los menores de edad y el ámbito civil que debe ir de acuerdo y apegado a lo dispuesto en el ordenamiento fundamental, ya como precisa el autor anterior el interés superior del menor de edad contemplado en la patria potestad se descontextualiza debido a los ordenamientos internacionales y nacionales creados para proteger a los menores de edad, lo que da origen a una nueva concepción del mismo.

El autor Moreno Padilla Javier señala: “El constituyente reafirma la igualdad de los seres humanos sin importar su sexo y destaca los postulados que deben prevalecer en nuestro país sobre la paternidad responsable y el derecho de los menores a satisfacer sus necesidades primarias.¹¹⁷”

Efectivamente la Constitución como ordenamiento fundamental del país da las directrices a seguir localmente en las entidades federativas para proteger los derechos de los infantes, por ello las leyes que emanen deben ir en todo momento apegadas a esta ley suprema.

4.3.2 DIFICULTADES PARA PROTEGER DEBIDAMENTE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN CIVIL

Al hablar de la protección del interés superior del menor de edad que realizan las autoridades judiciales se consideran preponderantemente, como necesarias, el que sean escuchados en los asuntos legales donde tengan una relación directa, la evaluación psicológica de los menores como quienes ejercen la patria potestad, teniendo como finalidad primaria establecer si la convivencia que pudieran tener los menores con quien ejercen la patria potestad les es benéfico o perjudicial, aunado también a la evaluación socioeconómica de estos últimos.

¹¹⁷ MORENO Padilla Javier, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed.Trillas, 21a. ed. México, 2008, p.p.25.

En esta tesitura consideró que el interés superior del menor de edad se le lesiona o se deja de proteger debidamente por dos situaciones legales que se encuentran relacionadas, la primera de ellas no existe disposiciones legales que plasmen en Código Civil del Estado de México los principios fundamentales consagrados en la Convención sobre los derechos del niño, en la Constitución, leyes federales y locales; que permitan que el juzgador en prontitud proteja y resuelva toda situación legal en donde intervenga un menor de edad evitando con ello juicios tardados en los cuales actualmente interviene.

En este entendido el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, debe contar con un código civil acorde a los tiempos actuales para proteger de manera inmediata el interés superior del menor de edad, es necesario puntualizar que se encuentra adscrito un Ministerio Público local el cual en nuestro sistema jurídico son los representantes de la sociedad y con tal carácter representan a los niños y niñas en los juicios familiares, siendo ellos los encargados de vigilar la legalidad de los procesos en los cuales se encuentren involucrados derecho de infancia, por ello, es una gran responsabilidad la función que desempeñan estos funcionarios en los juicios de índole familiar; no obstante la autoridad judicial debe tener facultades para proteger el interés del menor de edad, pero no distingue y protege exactamente en forma correcta este derecho de los infantes, al no existir disposiciones legales establecidas en el Código Civil que precisen que debemos entender por este ni mucho menos de que manera se va a proteger, aunado al hecho que no existe una preponderancia jurídica de acotar tiempos o momentos determinados por la autoridad judicial para allegarse de todo elemento probatorio que pudiera darle convicción de lo que le es más benéfico para el menor de edad en todo asunto legal donde tenga injerencia.

El ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en diferentes disposiciones nacionales o internacionales, de los menores de edad, por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de los padres. Este punto es sumamente importante pues al ser al infante concebido como sujeto de derechos debe la

autoridad judicial garantizar y velar que en los juicios donde se involucren infantes se les respeten sus derechos para lo cual están obligadas las autoridades judiciales a realizar todas las diligencias necesarias para allegarse de elementos y pruebas e incluso a suplir la deficiencia de la queja en los juicios correspondientes, procurando siempre salvaguardar el interés superior del menor de edad y de esta manera garantizar el ejercicio de sus derechos. Cuando se anteponen los intereses de los padres ante la de los hijos, la autoridad judicial tiene que ponderar por encima de la de los padres el derecho infantil.

Los derechos de los niños que los jueces deben preservar por ser considerados actualmente sujetos de derechos, muchas veces no se protegen por el gran cúmulo de trabajo existente en el tribunal mexiquense; otro elemento importante que cuenta mucho para efecto de la preservación de los derechos de los niños, consiste en romper inercias, puesto existen juzgadores familiares con un ideología tradicional que aún creen que los niños y niñas no son sujetos de derecho, puesto que son incapaces, tanto natural como jurídicamente, pues por su natural edad, no pueden defenderse por sí mismos y mucho menos, hacer valer sus derechos. Estos juzgadores que son los menos, proponen que los niños deben ser representados por sus padres en el juicio respectivo y ser estos los últimos quienes decidan sobre sus derechos, prueba tal es la disposición legal contenida en el artículo 4.228 del Código Civil de la entidad, fracción primera que establece la hipótesis que quienes ejerzan la patria potestad podrán convenir con quien podrá quedarse un menor de edad en forma provisional o definitivamente, lo cual no es congruente con las disposiciones internacionales y locales que ya me he referido anteriormente.

Otro factor por comentar que atenta el interés superior del menor de edad y que la autoridad judicial no atiende de manera eficiente, es la situación parental de la familia, es decir, la relación que los padres en conflicto establecen con sus hijos; muchas veces son los padres quienes de manera directa, impiden el pleno ejercicio de los derechos de los hijos, pues se encuentran tan ocupados en sus

problemas personales, normalmente con el otro cónyuge o concubino, librando una lucha terrible como en el supuesto del divorcio, midiendo el poder de uno sobre otro, que lo que menos les importa son sus hijos .

Nos encontramos ante verdaderas pasiones humanas que no se percatan que en lo ríspido de la pelea que sus hijos dependen física y emocionalmente de ellos, que sólo surgen en ese violento escenario para perjudicar al otro, es decir, utilizan a los hijos como escudos o armas para a tacar o defenderse de sus mutuas acusaciones. Así cuando un Juez familiar llama a juicio a un menor para que comparezca a expresar su opinión como ejemplo para convivir con el padre o la madre que no tenga la guarda y custodia de dicho infante, simplemente el padre que lo tiene bajo su guarda y custodia, no presenta al niño o niña ante el Juez haciendo de esta forma nugatorio su derecho de expresar ante el juez su opinión respecto de su conflictiva familiar. El Juzgador familiar tiene el deber de defender a los niños y niñas de sus padres de manera eficiente, lo cual únicamente lograra teniendo disposiciones legales apropiadas para tal efecto.

En cuanto al interés superior del menor de edad que debe proteger la autoridad judicial resaltan los siguientes:

- a) Derecho de expresar su opinión en cualquier juicio de carácter familiar, en que el niño o niña se vea involucrado. Este derecho reconoce que los niños pueden comparecer ante el juzgador, para manifestar su sentir acerca del asunto, su deseo de vivir con alguno de los progenitores, de opinar acerca de las convivencias con su progenitor que no le tenga bajo su guarda y custodia y en general, de cualquier situación que se ventile en el juicio de que se trate y que pueda llegar afectar a la niña o niño, dicha comparecencia deberá realizarse ante el juzgador estando presente el Ministerio Público adscrito y un perito psicólogo a efecto de ilustrar en cuanto a conductas y comportamientos asumidos por el propio niño y

por el de sus padres. En mi opinión debe tomársele parecer al menor de edad en la primera audiencia que se celebre en donde vaya a intervenir.

b) Derecho a la legalidad del procedimiento. Consiste en que cualquier procedimiento donde se encuentren involucrados derechos de la niñez, así como la concurrencia a dicho procedimiento del infante, o bien, las decisiones que pueda tomar el Juez familiar tanto provisionales durante el procedimiento, como definitivas y que puedan llegar afectar al menor deben estar previamente establecidas en la ley, pero además deben de observarse las formalidades establecidas en la misma.

c) Ser valorados por especialistas en psicología y trabajo social a quienes ejercen la patria potestad, así como al menor de edad en forma inmediata, en mi opinión debiendo ser acordada esta medida al momento que se interponga un procedimiento legal donde un menor de edad vaya a intervenir y ejercitar las medidas de apremio más eficaces para los que ejerzan el derecho de patria potestad que no quieran someterse a las mismas, en mi opinión para que los dictámenes periciales estén al momento de celebrarse la primera audiencia. Y la importancia que tiene esto radica para el menor de edad primeramente en que un asunto legal de quienes ejercen la patria potestad pueden presentar una serie de problemas psicológicos que influyen negativamente en su sano desarrollo físico y mental, pudiendo producirse situaciones traumáticas que pueden generar depresiones, inadaptabilidad social, trastornos de identidad e imagen, ansiedad, tensión, desesperación, sentimiento de culpabilidad, aislamiento, hostilidad e, incluso, enfermedades psicosomáticas, entre otros; por lo que respecta a quienes detentan este derecho se da con la finalidad de que estén valorados por especialistas para que se establezcan su estado psicoemocional y si están aptos en este rubro para estar al cuidado o convivir con los menores de edad.

Para ejemplificar, lo antes señalado la autora Aspe Armella Virginia señala:

“...tratándose del divorcio, este produce en los miembros de la familia violentos sentimientos de abandono, duelo y pérdida, independientemente de la edad. Los hijos se ven afectados aún cuando éstos ya no vivan con los padres y sean mayores de 30 años. También los padres y hermanos de cada cónyuge experimentan la pérdida.”¹¹⁸

d) En este mismo sentido decidir sobre su guarda y custodia, alimentos y régimen de convivencias en la primera audiencia que vaya a comparecer.

Cuando no se respetan y preservan los derechos de los niños y niñas en los juzgados. Cuando por alguna circunstancia el juzgador llega a advertir que no se ha respetado algún derecho de un infante, pero dicha situación puede ser enmendada, es el propio juez quien puede regularizar el procedimiento y subsanar la omisión que pudo impedir el pleno ejercicio del derecho de los niños, o bien, el Juez familiar puede también ordenar la práctica de cualquier diligencia para mejor proveer u ordenar la práctica oficiosa de alguna prueba para tal efecto. Si por cualquier motivo esto no ocurriese, en la segunda instancia la sala familiar respectiva puede seguir los mismos pasos antes mencionados y ordenar la reposición del procedimiento, para no dejar en estado de indefensión al niño o niña involucrado en ese asunto y garantizar de manera eficaz el derecho que la ley les concede a los niños y niñas en el Estado de México.

El autor García Méndez Emilio señala:

“En la normatividad del Código Civil al niño le asiste el derecho a un desarrollo autónomo, lo que significa que por una parte le está reservado un ámbito de intimidad y privacidad, quedando vedados injerencias arbitrarias en su persona, aunque provenga de sus propios padres. Por otra parte, las inclinaciones, deseos y proyectos de los hijos deben ser tenidos esencialmente en cuenta, de forma tal que los progenitores carecerán de atribuciones para imponer con carácter vinculante sus decisiones sobre aquellos.”¹¹⁹

¹¹⁸ ASPE Armella Virginia, *op. cit.* p. 297.

¹¹⁹ GARCÍA Méndez Emilio, *op. cit.* p.81.

De lo expuesto resulta indispensable encarar la modificación de nuestro Código Civil en el Estado de México, ya que muchas de sus normas inspiradas en la concepción del niño como un objeto de posesión de sus padres cambio con el actual esquema normativo, debe de comenzar un nuevo paradigma para considerar a los menores de edad como sujetos de derechos.

4.4 DERECHOS DE LOS MENORES

Los derechos de los infantes se han ido incorporando recientemente al ordenamiento fundamental del país, impactando por tal situación las legislaciones civiles como familiares de las entidades federativas donde se incluye al Estado de México. Tradicionalmente, el tema de los menores de edad en general, no solamente respecto a sus derechos fundamentales se ubicaba en el terreno del derecho privado, ya que su regulación estaba incluida en las disposiciones del derecho civil que tratan la institución jurídica de la patria potestad y en esta el interés superior del menor de edad. De hecho, aunque en términos generales la legislación sobre menores comenzó a surgir a principios del siglo XX, no es sino hasta hace pocos años cuando el tema alcanzo rango constitucional, principalmente debido a la Convención de la que ya hemos venido comentando. Lo que señalo sin salir del tema inicial planteado en el presente trabajo.

El autor Miguel Carbonell señala:

“Para la teoría de los derechos fundamentales, la protección de los menores supone antes que nada volver al tema de los sujetos de dichos derechos, entendiendo por sujetos justamente los titulares de los derechos y no solamente los destinatarios de su protección. Esto es muy relevante ya que, como es obvio, el menor de edad es ante todo persona y, como tal, portador de la misma dignidad humana que los mayores de edad y titular de los derechos que para todos establece la Constitución.”¹²⁰

En este contexto el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los menores de edad, dando a la autoridad judicial en el ámbito civil un

¹²⁰ CARBONELL Miguel, *op. cit.* p. 941.

ordenamiento civil eficaz, que de cómo consecuencia una verdadera protección integral de los referidos derechos a proteger.

En este orden de ideas el poder Judicial deberá velar dentro del ámbito de sus competencias para hacer realidad la protección de estos derechos; particularmente, asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquéllos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio. Esto sería lo natural tratándose de un derecho fundamental consagrado tanto en la constitución como en la ley civil.

Debe entenderse que el deber o derecho de la patria potestad de donde se contempla el interés superior del menor de edad, la tienen quien ejerce la patria potestad como los ascendientes, tutores y custodios y de forma subsidiaria el Estado, en el entendido que cuando los antes encargados no lo hicieren o si lo hicieren fuere en forma incorrecta en contra del interés superior del menor de edad, corresponde entonces la protección del mismo al Estado.

Los padres son los destinatarios, en primer término, de las obligaciones y facultades legales, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor, el Estado sólo le corresponde una función supervisora y aseguradora de que los padres cumplan adecuadamente aquella función constitucional y civil, y la manera de hacerlo en el contexto civil será adecuando la normatividad existente para tal propósito.

El autor Miguel Carbonell señala:

“El hecho de que los sujetos de las obligaciones que contienen los párrafos mencionados sean múltiples (la Constitución menciona al Estado, a los ascendientes, a los tutores, a los custodios y a los particulares en general) enfatiza el esfuerzo social que se debe hacer para preservar los derechos de los menores. Esta parte del artículo 4° debe leerse conjuntamente con la Convención de los derechos del Niño de 1989 (publicada en el Diario Oficial

de la Federación del 25 de enero de 1991) que han ratificado más de 190 Estados del planeta.”¹²¹

Es importante indicar que el control judicial de la patria potestad por ende del interés superior del menor de edad, la cuál está jurídicamente diseñada, debe ser entendida como el de la aplicación de la ley en relación con un supuesto de hecho determinado, para determinar si la decisión dada por la autoridad judicial es la más razonable y justa que la ley permite aplicada al caso concreto.

Siempre debe reconocerle su intervención a la autoridad judicial cuando no lesione innecesariamente la potestad paterna o materna respetando la autonomía de sus titulares en tanto estos no perjudiquen el interés del menor de edad, que es lo que justifica aquí la intervención judicial.

El control judicial debe orientarse al de la actuación de los padres en relación con el interés superior del menor de edad, es decir, si se han extralimitado o han abusado de sus poderes, relacionando esa extralimitación o abuso con un daño que se le pueda ocasionar al menor de edad y su gravedad.

Es por tal causa que la autoridad judicial al momento de proteger los derechos de los menores de edad, no tiene una tarea fácil, dado que decidirá sobre una cuestión y hechos que no conoce directamente, sino que le llegan siempre mediatizados por una factica presentación de los hechos presentados por quienes ejercen la patria potestad, y pruebas que otras personas directa o indirectamente proporcionan; el juez tendrá que velar los derechos de los menores ponderando hechos, datos, circunstancias y ajenos juicios de valor tanto de los padres en determinados casos como de peritos y valorar él mismo; situación que se complica aún más para la protección de los derechos de los menores al no tener una ley que este acorde al momento actual, lo cual provocará que no se proteja debidamente los intereses del menor de edad no por causa del Juez, sino por la falta de normas que le marque las pautas legales a seguir; como ejemplo

¹²¹ *Ibidem* p.p. 943, 944y 945.

puedo señalar que al no existir norma que lo indique en el Código Civil del Estado de México en cosas tan sutiles como en que momento se puede recabar la opinión del menor de edad, así como solicitar dictámenes periciales en psicología y trabajo social, lo cual puede hacer al inicio como al final del juicio antes que se dicte sentencia, lo que por lógica jurídica se deduce que es perjudicial al menor en virtud que en muchas ocasiones propicia que posteriormente de haber terminado el deshogo de pruebas sea el momento para que el menor se exprese y se realicen los peritajes a que me he referido a solicitud del Juez y otra vez a petición de parte.

No es sencillo el proteger el interés superior del menor de edad por parte de la autoridad judicial si no se tienen normas que permitan hacerlo de la mejor manera, las cuales deben surgir para dejar atrás las facultades extraordinarias o la discrecionalidad del Juez para tratar de proteger los derechos de los menores.

4.4.1 ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

Sin lugar a dudas el interés superior del infante sirve como fuente de creación normativa. Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el “interés superior” del menor adquiere la fuerza de una gestación normativa.

La consideración del “interés superior del niño” se produce cuando el conflicto llega a la justicia por obra de quienes ejercen la patria potestad de estos entonces interesa a la presente investigación la manera en que se valdra la autoridad judicial para proteger en forma eficaz dicho interés.

Es importante para la protección debida del interés superior del menor de edad que el derecho que surja sea lo suficientemente vasto para asegurar su

eficacia siendo claro y firme para que haya por lo tanto seguridad en los derechos a proteger.

El autor Juan Ramírez Marín señala:

“la seguridad supone que hay una serie de normas positivas, perfectamente cognoscibles que señalan con exactitud las consecuencias de un acto jurídico y le aplican la sanción en caso de incumplimiento. También delimita con claridad la situación jurídica de los diversos miembros de la comunidad, tanto gobernantes como gobernados y reduce el margen de arbitrariedad administrativa y judicial. Finalmente, la seguridad da un cauce estable y sereno al desenvolvimiento, a veces demasiado impetuoso y espontáneo, de la vida social y política.”¹²²

Es atinente lo aseverado anteriormente, la seguridad jurídica en todo dispositivo legal que se refiera a los menores de edad, debe redactarse de tal manera que para quienes vaya dirigido sea entendible y dentro del contexto legal y social que se vive actualmente.

En este sentido la función de la autoridad judicial consiste en aplicar la ley al caso concreto cuando existe un conflicto de intereses, en el caso que nos ocupa tratándose del proteger el interés superior del menor de edad debe atender el orden público aún en contra de las pretensiones de quienes ejercen la patria potestad.

La finalidad es entonces a través del ejercicio de la función judicial dar la seguridad de que los derechos de cada uno están protegidos y resguardados por los órganos del Estado, en este caso la autoridad judicial.

El autor Juan Ramírez Marín señala,

“son los tribunales, jueces, los que conocerán de estas controversias ya a través del desahogo de un procedimiento en el que previamente se

¹²² RAMIREZ Marín Juan, *¿Derecho para Qué? Elementos de Derecho Público Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2005, p.24

escuche a las partes, se revisen las pruebas aportadas por cada una de esas partes, se encargarán de dar la razón jurídica a una de ellas, mediante una resolución (sentencia).”¹²³

El nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño se enmarca precisamente en autorizar una intervención estatal del niño de que se trate. Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de “menores”, incapaces, sino personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.

Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a todos los niños y niñas. Si se es titular de derechos, si la protección es concebida como derecho, entonces deben existir remedios legales en caso de violaciones a los derechos, ya la protección no debe verse concebida como ayuda, donde las nociones de exigibilidad y responsabilidad desaparecen.

En este enfoque y como conclusión señalo, las leyes llámense Constitución, tratados internacionales, leyes federal y locales como hemos analizado en el presente trabajo, definen los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia primeramente protegerlo, en caso que quienes detentan este derecho no lo hagan o lo hicieren en forma deficiente por estar atravesando un conflicto jurídico familiar, el Estado a través del aparato judicial tendrá como función restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado o protegerlo a través de procedimientos judiciales, si así correspondiere hacerlo, para ello se necesita reformar nuestro actual Código Civil en el Estado de México para incluir disposiciones legales que tengan como objetivos primarios definir la patria potestad y los derechos y deberes que emanan de esta institución jurídica así como el definir el interés superior del menor de edad y la manera en que se debe proteger eficazmente, con ello se logrará que éste proposito no quede como un simple deseo sino sea una realidad que beneficie a la niñez mexiquense.

¹²³ *Ibidem*, p.327.

PROPUESTA

La legislación representa un instrumento para el control de la conducta social; define y establece medios para que las conductas indeseables se sancionen y repriman y las deseables se declaren obligatorias, de tal suerte que no es una expresión solitaria aislada, el considerar una legislación civil adecuada que contenga disposiciones normativas que definan a la patria potestad y establezca los deberes que emanan de este derecho, donde se reconozca el interés superior del menor de edad como el cumplimiento eficiente de los deberes que emanan de la patria potestad, mismos que deben ser realizados por quienes ejerzan este derecho y a falta de ello, la autoridad judicial sea la encargada de protegerlo eficazmente, mediante procedimientos judiciales ágiles, rápidos y expeditos, de esta manera se estará acorde con lo que pugna la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Leyes Federales y locales, el considerar al menor de edad sujeto de derechos.

En la etapa que se contempla actualmente se presenta un cambio de paradigma en la cual ya no se debe concebir al menor de edad como incapaces sino como un ser autónomo sujeto de derechos. Sin embargo este cambio necesita inevitablemente de disposiciones jurídicas que hagan palpable la nueva situación jurídica del menor en cuanto a su protección integral de sus derechos.

De acuerdo con esta perspectiva integral, en el marco civil se le debe proteger su desarrollo lo más posible, que aunado a otras formas de protección por parte de la autoridad judicial logrará sin duda beneficiar a los infantes.

Un nuevo sistema de protección a los derechos de niñas y niños, dará eficacia, logrando asegurar a todas las personas que no han cumplido 18 años la oportunidad de desarrollarse en todo sentido y con plenitud. Con ello se reconoce que la niñez es una etapa de la vida humana crucial para el desarrollo, por lo que se identifica al propio desarrollo como una categoría equiparable a un bien jurídico.

Es preciso por tal causa que en nuestro ordenamiento civil existan preceptos adecuados que definan a la patria potestad e interés superior del menor de edad en el nuevo contexto legal que se vive actualmente de acuerdo a lo establecido en la Constitución y demás leyes federales y locales que sean creados a efecto de proteger a la infancia.

Se tiene todo el marco legal para que el congreso local legisle lo conducente tratándose de protección a los derechos de los menores en nuestro Código Civil del Estado de México en este sentido a manera de propuesta considero existan reformar en el Título Séptimo, De la Patria Potestad, Capítulo I, De los efectos de la patria Potestad respecto de la persona, para efecto de que cambie la redacción del artículo.- 4.203; el cuál se encuentra redactado de la siguiente forma:

“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.”

Para que en su lugar se establezca el título: “Concepto y aspectos de la patria potestad” y quede redactado de la siguiente forma:

“Artículo.- 4.203.

Para los efectos del presente Código se entenderá como patria potestad, la responsabilidad parental consistente en el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres cumplir eficientemente sobre la persona y bienes de los hijos, así como la protección y desarrollo integral en sus aspectos físico, moral, educacional, social, su guarda y custodia y la administración de su patrimonio, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado; logrando con esto atender el interés superior del menor de edad; correspondiéndole a la autoridad judicial velar que éste interés no sufra detrimento alguno.”

Asimismo la propuesta implica que se establezca un artículo referente al interés superior del menor de edad, quedando redactado de la siguiente forma:

Del Interés Superior del Menor de edad.

“Artículo.- 4.202-Bis.

Se entenderá en el presente Código como interés superior del menor de edad, la prioridad que se le de a los derechos del menor de edad respecto de los derechos de quienes ejercen su patria potestad o de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal.

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, afecto, privacidad y libre de cualquier tipo de violencia familiar.

III.- El desarrollo de su personalidad dentro del núcleo familiar.

IV.- El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional.

V.- Que los procesos judiciales en que tenga intervenga el menor sean sumarísimos a efecto de que no se perjudique su desarrollo psicoemocional.

VI.- Que la autoridad judicial dicte las medidas que estimen pertinentes para proteger al menor de edad de cualquier acto dentro de juicio que pudiese afectar su desarrollo psicoemocional.

VII.- Que la autoridad judicial se auxilie de peritos de trabajo social y psicólogos inmediatamente que tenga conocimiento de un proceso legal donde intervenga un menor, para que emitan su opinión sobre el estado familiar en que se encuentra el menor y de quienes ostenten su patria potestad.

VIII.- Recabar su opinión en los procesos legales en que intervenga cuando tenga madurez suficiente para hacerlo a más tardar en la primera audiencia que se señale con citación del Ministerio Público.

IX.- Los demás derechos que a favor de las niñas, niños y adolescentes reconozca la constitución, tratados aplicables, leyes federales y locales.”

Con esta propuesta considero que la entidad mexiquense dejará atrás la era, en mi opinión de falta de protección eficaz por parte de la autoridad judicial de los derechos del menor de edad, para comenzar un paradigma garantista, en la cual cada menor sujeto a la patria potestad, por el simple hecho de haber nacido, tiene derecho a que sus intereses superiores queden debidamente protegidos a nivel del ordenamiento civil cuando tenga que comparecer en procesos judiciales, esto sin duda beneficiara a los menores de edad en el Estado de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La importancia que deja el Derecho Romano a nivel mundial es trascendente hasta hoy en día, en virtud de que diversas legislaciones en el mundo las adoptaron para crear su Derecho; en este entendido, el Derecho Español es la interpretación del Derecho Romano junto con el Canónico, lo que dio origen a la formación jurídica de toda clase de instituciones jurídicas de los países de América Latina, quienes también tomaron influencia también del Derecho Francés; en donde quedó contemplada la figura legal de la patria potestad.

SEGUNDA.- La evolución histórica de la patria potestad nos puede enmarcar lo que puede entenderse como protección de menores, teniendo como antecedentes históricos la regulación de instituciones tradicionales, como la patria potestad, tutela y adopción, señalando que en las sociedades antiguas no se le reconoce a los menores de edad derecho alguno. El poder paterno acaba sólo cuando termina la vida del padre.

TERCERA.- La moderna regulación del derecho de protección de menores se puede situar en décadas aproximadas en la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, con su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Internacional sobre los derechos del niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, que proclama la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

CUARTA.- La historia nos refleja el poder de la patria potestad de los padres hacia sus hijos como un poder omnipotente, en el cual el menor no es un sujeto de derechos sino de protección de acuerdo en lo que más le pudiera favorecer de acuerdo al interés de los padres pudiendo rebasar los derechos de los hijos, en

este orden de ideas la regulación jurídica del menor de edad como sujeto de derechos es mínima como nos lo señala la historia.

QUINTA.- El concepto de patria potestad debe definirse correctamente atendiendo sus características y naturaleza jurídica, para que se comprenda ampliamente esta institución jurídica, en virtud de que contempla un derecho paterno filial de deberes de representación legal y protección integral hacia el menor de edad en distintos ámbitos reconocidos nacional e internacionalmente, en los que quedan incluidos los derechos de los menores.

SEXTA.- Se puede conceptualizar a la patria potestad en el Código Civil del Estado de México, como la responsabilidad parental consistente en el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres cumplir eficientemente sobre la persona y bienes de los hijos, así como la protección y desarrollo integral en sus aspectos físico, moral, educacional, social, su guarda y custodia y la administración de su patrimonio, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado; logrando con esto atender el interés superior del menor de edad; correspondiéndole a la autoridad judicial velar que éste interés no sufra detrimento alguno

SÉPTIMA.- El Código Civil del Estado de México menciona en diversos artículos al interés superior del menor de edad, sin que defina en forma pormenorizada que debe entenderse por el mismo, únicamente considera supuestos jurídicos de protección en caso de que existan diferencias legales entre quienes ejerzan la patria potestad, tratándose de su guarda y custodia o de cualquier conflicto de derechos que se contrapongan los interés de los menores y de quienes ejerzan la patria potestad, lo que ocasiona una confusión al momento de interpretar este principio del infante, del cual debe defender a ultranza el Estado por estar contemplado en normas de orden público.

OCTAVA.- El interés superior del menor de edad se le debe definir en el Código Civil del Estado de México como la prioridad que se le da a los derechos del menor de edad respecto de los derechos de quienes ejercen su patria potestad o de cualquier otra persona cuando enfrenten o se sometan a un proceso judicial.

NOVENA.- El efecto inmediato de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño da como resultado que aparezca en el sistema jurídico mexicano el concepto del interés superior de la niñez, el cual implica que en todo momento dar prioridad a la toma de decisiones y acciones relacionados con este periodo de la vida humana; nuestra Constitución después de casi diez años de que fue firmada la Convención sobre los derechos del niño, en su artículo cuarto plasma lo que pudiera considerarse el concepto de interés superior de la infancia, reconociendo a niñas y niños como sujetos de derecho y no como sujetos de protección, lo que daría pauta posteriormente pasado aproximadamente diez años de haberse firmado la Convención se reformará el artículo cuarto constitucional, a una ley nacional reglamentaria del precepto señalado, siendo esta la Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes vigente desde el 29 de mayo del 2000.

DÉCIMA.- La aparición a nivel internacional del concepto interés superior de la niñez da como resultado a nivel nacional que se le da otra interpretación jurídica a los derechos de quienes ejercen la patria potestad de deber de atenderlos y cuidarlos, debiendo en el cumplimiento de este deber, buscar siempre el mayor beneficio posible para ellos de esta manera se logre mantener el orden público.

DÉCIMA PRIMERA. El Estado de México cuenta con una Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que da ciertos parámetros para entender al interés superior del menor de edad, sin embargo no está reflejado su contenido en el Código Civil dentro de la patria potestad, para que defina las directrices de protección que la autoridad judicial respecto del interés superior de los infantes debe dar.

DÉCIMA SEGUNDA.- Una preocupación latente para el Estado es la protección de los derechos de los menores de edad cuando quienes ejercen la patria potestad tuvieren conflictos entre ellos que perjudiquen a los infantes o bien cuando sus intereses fueran contrarios a la de sus hijos menores; es entonces que viene a considerarse el concepto de orden público en los asuntos de la familia y tratándose de los menores de edad; por constituir ésta la base de la integración de la sociedad.

DÉCIMA TERCERA.- La autoridad judicial para que se encuentre en aptitud de aplicar efectivamente la normatividad vigente que protege el interés superior de los menores, debe tener un marco legal en el Código Civil de la entidad que incluya de manera enunciativa los principios rectores que tengan bases en la Constitución, leyes federales y locales, a fin de que se le dé una óptima protección y desarrollo de los menores de edad.

DÉCIMA CUARTA. La actuación del Estado en la protección de los menores de edad en el ámbito civil es de vital importancia, en virtud que tiene como obligación ser el protector de los intereses de los infantes, asegurándoles un desarrollo pleno e integral, implicando por tal causa la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, creando leyes que permitan que estos gocen de todos los derechos legalmente reconocidos por nuestro país, lo que permitirá que su actuación este sustentada en las disposiciones creadas para tal efecto; dando como consecuencia que su intervención sea eficaz cuando se estén dirimiendo controversias legales en donde se encuentren menores de edad relacionados.

DÉCIMA QUINTA. La defensa del interés superior del niño ha permitido a los jueces asumir aún que no de manera integral una postura más comprometida, dirigida a orientar y ayudar a las familias en conflicto. De esta manera, el tribunal ha ordenado por ejemplo periciales psicológicas y de trabajo social, bajo apercibimiento de que la negativa a su cumplimiento se valore como un elemento

de juicio para modificar cualquier aspecto familiar, todo ello en beneficio a los derechos de los infantes.

DÉCIMO SEXTA. La autoridad judicial en su función o actividad necesariamente se mueve en base a reglas de la experiencia que dan algunas pautas y/o criterios de actuación. En este sentido, siempre se parte de la presunción de que un padre (padre o madre) no va a dañar intencionalmente a sus hijos, sino que por el contrario, tiende naturalmente a cuidarlos. Sólo cuando los primeros elementos de prueba (pericias psíquicas de trabajo social; testimonios, etc.) permiten sospechar la posibilidad de un maltrato, negligencia grave o abuso, actúa firmemente ordenando medidas de protección, que como ejemplo serían cambios de guarda y custodia, suspensión de convivencias, pago de alimentos etc; las cuales pondrán al niño y sus derechos a resguardo.

DÉCIMO SÉPTIMA. La finalidad de la patria potestad es proteger al menor en su seguridad, salud y moralidad, así es que ella está instituida en interés del menor; en este sentido la patria potestad cumple su función deber de proteger a los infantes, sin embargo cuando quienes ejercen la patria potestad dirimen o tratan algún aspecto legal a la vista de una autoridad judicial es cuando comienza por parte de este último de la vigilancia y protección del interés superior del menor de edad, en razón que quienes ejercen la patria potestad tienen una idea individual y no general de lo que es benéfico para el menor de edad, es entonces donde el juzgador sin invadir atribuciones del Ministerio Público, debe procurar de manera pronta y expedita tratar todo lo concerniente respecto del menor de edad a efecto de no deteriorar el interés superior del infante.

DÉCIMO OCTAVA.- El Estado a través de su poder legislativo correspondiente, tiene una obligación de legislar de manera adecuada toda norma tendiente a proteger el interés superior del menor de edad dando como resultado proteger el orden público, lo que traerá como consecuencia directa que los encargados de impartir justicia tengan un aparato legal en el ámbito civil acorde al contexto actual

que se vive en donde sean considerados los principios plasmados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución, leyes federales y locales.

DÉCIMO NOVENA.- El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en Derecho Civil, los cuales como es comprensible han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público; esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil no sean aplicables en este nuevo contexto.

VIGÉSIMA.- Los padres son los destinatarios, en primer término de los deberes y facultades legales que otorga la patria potestad, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor, el Estado sólo le corresponde una función supervisora y aseguradora de que los padres cumplan adecuadamente aquella función constitucional y familiar, la manera de hacerlo en el contexto civil será adecuando la normatividad existente para tal propósito.

GLOSARIO

Autoridad: Poder legítimo. Persona revestida de poder o mando.

Coerción: Coacción. Fuerza física o moral que influye sobre la voluntad de las personas, anulando su libertad de actuar.

Constitución: Ley suprema. Orden Jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, sus funciones características, los poderes encargados de cumplirlas y los derechos y obligaciones.

Costumbre: Uso implantado en la sociedad. Norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad y aceptada voluntariamente por los individuos como rectora en determinadas situaciones.

Derecho: Conjunto de normas que tienen por objeto regular la conducta de los hombres en sociedad.

Estado: Sociedad jurídicamente organizada, que tiene por objeto la realización de los fines humanos en su totalidad. Sus elementos son: población, territorio, gobierno, orden jurídico y bien común.

Ejercicio de acciones legales: Acudir por sí mismo, o mediante representante legítimo, ante órgano jurisdiccional correspondiente, para que intervenga en la solución de conflictos de intereses jurídicos.

Esfera afectiva: Son las formas de cómo se establecen las relaciones del individuo con el medio, conformado por la vida emocional y sentimental. Las emociones se expresan a través de escenarios sociales que influyen sobre todo en la salud y bienestar psico-social de cada ser humano.

Facultad: Atributo o autorización concedida por la ley, a un órgano de la autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. Mediante sus facultades el Poder soberano ejerce una serie de actos y hechos que le permiten realizar sus objetivos, que pueden ser diversos como de administración, distribución, seguridad, vigilancia, prestación de servicios, económicos, culturales o cualquier otro no prohibido por la ley. Posibilidad jurídica que tiene un sujeto de hacer o no hacer algo.

Familia: Conjunto de personas ligadas por parentesco consanguíneo, por afinidad o civil.

Función: Administrativa o ejecutiva; es de la que se ocupan los órganos del Poder Ejecutivo.

Garantía individual: Mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos humanos.

Guarda y custodia. Es la situación en que se encuentra un niño o niña, colocado bajo la responsabilidad del padre o la madre, ascendientes o una tercera persona.

Identidad: Conjunto de atributos y derechos de la personalidad, de que goza toda niña o niño, principalmente aquellos relativos al nombre, nacionalidad a la protección contra injerencias ilícitas, protección de las relaciones familiares y expresión cultural propia.

Igualdad. Entendida como todas y todos tenemos los mismos derechos y las mismas oportunidades, sin importar sexo, raza, origen étnico, retos especiales, idioma, ideología, condición social y económica.

Intervención de oficio: Actuación que los agentes del Ministerio Público realizan para iniciar las averiguaciones previas de los delitos que tengan conocimiento y que se encuentren tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal, siempre y cuando, no sean delitos que se investigan a petición de parte ofendida, si no es ésta la persona que denuncia.

Imprescriptible: Aquel derecho que no se encuentra sujeto a prescripción.

Inalienable: Cosa que está fuera del comercio y por lo mismo no puede ser vendida.

Judicial: Todo aquello relativo a un juicio, a la judicatura o a la administración de justicia.

Justicia: Virtud que permite dar a cada quien lo que le corresponda, según las normas establecidas en una osiedad o grupo determinado.

Moral: Reglas que señalan lo que debe realizarse para hacer el bien o el mal.

Norma: Regla, ley.

Menoscabo: Mengua, disminución, daño o perjuicio.

Obligación: Relación o necesidad jurídica, que tiene una persona, llamada deudor, de conceder a otra, llamada acreedor una prestación de dar, hacer o de no hacer.

Patria potestad: Institución que atribuye un conjunto de facultades, derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes. Es una institución que tiene base u origen en la filiación, en relación padres, hijos, ascendientes, descendientes.

Persona: Ser físico o ente moral (jurídico), capaz de derechos y obligaciones.

Personalidad: La cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera sujeto de derechos y obligaciones.

Principios rectores: máximas orientadoras de conductas o reglas a seguir, establecidas en una ley, para ser observadas por los sujetos que aplican la ley y aquellos a quienes se les aplica.

Seguridad: Tranquilidad consistente en saber que no hay ningún peligro que temer, o de que una cosa habrá o no de suceder. Ramo de la Administración Pública que vela por la tranquilidad de los ciudadanos. Conjunto de leyes y organismos que las aplican, con objeto de proteger a la sociedad.

Sociedad: Estado en el cual los hombres viven sometidos bajo leyes comunes.

Situación jurídica: Circunstancia jurídica en la que se encuentra una persona con relación a otras personas. La situación jurídica de niñas o niños con relación a sus parientes, tutores o terceras personas es aquella enmarcada en las instituciones de patria potestad (limitación, suspensión, pérdida, excusa), tutela, curatela, emancipación, etc.

Sujeto: Persona.

Sujeto de derechos: Titularidad de derechos y obligaciones reconocida por el sistema jurídico. Las personas físicas y morales son sujetos de derechos, puesto que sus derechos y conductas (acciones u omisiones), están reguladas por las normas jurídicas o leyes.

Tratado: Acuerdo entre Estados para prevenir, arreglar u ordenar sus relaciones y conflictos que surjan entre ellos.

Tribunal: Órgano jurisdiccional que tiene como propósito la solución de conflictos y la debida aplicación del derecho mediante un proceso.

Violación de derechos: Menoscabo, impedimento del ejercicio de los derechos establecidos a favor de una persona. Incumplimiento de las obligaciones que son consecuencia del ejercicio de los derechos.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- ASPE Armella Virginia. Familia, *Una jornada sobre su naturaleza, derechos y responsabilidades*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- BAQUEIRO Rojas Edgar, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Ed. Harla, México, 1990.
- BELOFF Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Ed. del Puerto, Argentina, 2004.
- BONNECASE Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Cárdenas, Tijuana B.C. 1985.
- BLANCO Fornieles Víctor Blanco, *Derecho y Justicia, Una mirada a la justicia, el estado de derecho y la morfología de las reglas del derecho*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- BELLUSCO Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Astrea, 7a. ed. Buenos Aires, 2002.
- CAFFERATA José Ignacio, *La Guarda de Menores*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- CANOVAS Espín, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 8a. ed. Madrid. 1981.
- CAPDEQUÍ José María, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*. Ed. Aguilar, Madrid, España, 1969.
- CARBONELL Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- RAMÓN Sánchez Medal, *Los grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, Ed. Porrúa, México, 1979.
- DOMINGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- CHAVEZ Asencio Manuel F., *La familia en el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1984.

CHAVEZ Asencio Manuel F., *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Ed. Porrúa, 2a. ed. México, 1992.

EUGÉNE Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, 9a. ed. México, 1997

FLORIS Margadant S. Guillermo, *El derecho Privado Romano*, Ed. Esfinge, 4a. ed. México. 1960

GARCÍA Méndez Emilio, *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*. Ed. del Puerto, Argentina, 2006

GARCÍA Méndez Emilio, *Infancia y Adolescencia, De los Derechos y de la Justicia*, Fondo de las Naciones unidas para la infancia (UNICEF), 2a. ed. México, 2001.

GROSSMAN Polakiewicz y otros, *Los derechos del niño en la familia*, Ed. Universidad, Argentina, 1998.

GUITRON Fuentevilla Julian, *Derecho Familiar*, Ed. Universidad Autónoma de Chiapas, México. 1988.

LEMUS García Raúl, *Derecho Romano (Compendio)*, Ed. Limsa, México, 1979.

LÓPEZ del Carril Julio J., *Patria Potestad Tutela y Curatela*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993.

LLOVERAS Nora, *Patria Potestad y filiación*, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1986.

MACEDO Pablo, *El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1971.

MEDAL Sánchez Ramón, *El Derecho de Familia en México*, Ed. Porrúa, 2a. ed. México, 1991.

MONTERO Duhalt Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, 5a. Ed. México 1992.

MORENO Torres Sánchez Julieta, *El desamparo de Menores*. Ed. Aranzadi, España, 2005.

PLANIOL y RIPERT, *Compendio de Derecho Civil frances*, Ed. José Cajica, Puebla, 1968.

PÉREZ Duarte Alicia, *Derecho de Familia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

RIVERO de Arhancet Maribel, *Patria Potestad, Guarda y Tenencia*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2a. ed. Uruguay, 1991.

ROJINA Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, Ed. Porrúa, 17a. ed. México, 1980.

TOLEDO Martínez María Gabriela y ORTEGA Castro Juan Carlos, *La pérdida de la patria potestad*, Ed. Incija, México, 2004.

VARGAS Cabrera Bartolomé, *La protección de Menores en el Ordenamiento Jurídico*, Ed. Comares, España, 1994.

VARGAS Cabrera Bartolomé, *Adopción, Desamparo, Tutela automática y Guarda de menores*, Ed. Comares, España, 1994.

VERDUGO Agustín, *Principios de Derecho Civil Mexicano*, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1993.

DICCIONARIOS

DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, 29a. ed. México, 2002.

LEGISGRAFÍA

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, México, 2008.

Código Civil del Estado de México, Ed. Sista, México, 2008.

Código Familiar del Estado de Zacatecas, Ed. Anaya Editores, México, 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas, Ed. Anaya Editores, México 2007.

Código Familiar y Código Procesal familiar del Estado de Morelos, Ed. Berbera, México, 2007.

Ley para la familia y Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, Ed. Anaya Editores, México, 2007.