



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

***“ESTUDIO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL
MEXICANO”***

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

LUIS ARMANDO ROBLES JUÁREZ.

No. De Cuenta: 095123411

**DIRECTORA DEL SEMINARIO.
DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.**

**ASESORA DE TESIS.
LIC. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PEREZ.**

México, D.F., 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

Gracias Dios por haberme regalado el don de la vida, por ayudarme a terminar este proyecto, darme la fuerza y el coraje necesario para hacer este sueño realidad.

A mi padre:

Querido padre, gracias por tu apoyo, por la orientación que me has dado, por iluminar mi camino, y darme la pauta necesaria para realizar mis estudios y regalarme la vida. Te agradezco los consejos sabios brindados en el momento exacto y enfrentar los momentos difíciles a mi lado, hombro con hombro, gracias papá por ayudarme a tomar las decisiones idóneas de mi vida y sobre todo gracias por el amor tan grande que me das. Te dedico ésta tesis porque a lo largo de mi vida siempre has velado por mi bienestar y educación, incluso por el de mi esposa e hijos. Te amo papá y siempre debes tener presente que eres y serás hasta el último día de mi existencia el mejor padre y abogado que hubiese existido jamás. Gracias por ese eterno sacrificio que día a día realizas y que yo como el mayor de tus hijos lo reconozco y valoro.

A mi mamá:

De igual forma dedico ésta tesis a mi madre por el gran amor que me tiene, porque cuido y sigue cuidando de mí desde los primeros años de mi existencia, porque siempre sabes preguntarme que me pasa, hasta conseguir que mis preocupaciones se aligeren al compartirlas contigo. Porque me has hecho sentir que ninguna meta propuesta es imposible, tú confianza ternura y amor ha sido el mejor curso de superación personal. Gracias madre porque tus brazos siempre se abren cuando necesito un abrazo, porque tú corazón sabe comprender cuando necesito una amiga, porque tus ojos sensibles y amorosos se endurecen cuando necesito una lección, porque tu ahínco y amor me han dirigido por la vida y

me han dado las alas que necesitaba para volar. Gracias mamá por tu apoyo incondicional, éste logro también es para ti, por haberme dado la vida y estar conmigo en todo momento. Te quiero con todo mi corazón y este trabajo que me costó tanto esfuerzo hacer es también para ti, te devuelvo un poco y solo un poco, de lo que tú me has otorgado desde el principio de mi existir. Tú tenacidad y lucha insaciable han hecho de mí un hombre fuerte, tú ejemplo es modelo a seguir no sólo para mí, también lo es para mis hermanos y familia en general. Te amo mamá.

A mi querida esposa Azucena:

A ella en especial dedico esta tesis, por su gran paciencia, por su comprensión, empeño, sufrimiento, por su fuerza, cariño, por su amor, por ser como es.....porque la amo y la quiero. Tú eres la persona que más directamente ha padecido las consecuencias del trabajo realizado. Aún cuando pasen los años jamás te podre estar suficientemente agradecido, porque cuando menos tenía y seguramente muy pocos confiaban en mí, tú creíste en el que suscribe y estuviste a mi lado a pesar de las carencias a las que yo te orille, anteponiendo nuestro amor por encima de cualquier problema de índole económico. Gracias te doy amor, por el ánimo que me brindas día con día para alcanzar nuevas metas, tanto profesionales como personales, porque anhelo a cada momento ser una persona digna del amor y cariño que me obsequias. Tú eres la viva imagen del amor más puro y cierto en el universo porque jamás reclamaste, siempre diste y das lo mejor de ti, por eso y más te amo como ama el amor, no conozco otra razón para amar que amarte. Por ser una de las fuentes de mí inspiración y motivación para superarme cada momento y así poder luchar hasta lograr una vida que nos depare un futuro mejor dedico la presente tesis a mi amada esposa Azucena. Gracias por estar a mi lado desde hace once años, esta es una nueva etapa en nuestras vidas y quiero compartirla contigo.

A mis queridos y amados hijos Fátima Alejandra y Luis Axel:

Porque ambos constituyen la razón más importante de mi existir, son las personitas más destacables en mí vida. Les doy las gracias porque su llegada trajo a mi pasado, presente y futuro una dicha difícil de expresar con palabras, pues cualquiera de ellas serían insuficientes para demostrar el amor que siento por ustedes. Porque ahora sé que tengo un inmenso motivo para luchar y sé que saldré adelante por mis dos cariños para que nada les falte. Fátima tú eres mi niña, mi princesa, mi primera ilusión, debo decirte que nunca me arrepiento de haberte tenido, pues aunque no fuiste un bebé planeado, sí fuiste un bebé deseado y amado y lo único que tú madre y yo quisimos desde tu nacimiento fue conservarte con demasiado amor. Su madre a la cual ustedes le deben el más amplio respeto es la mejor mujer que yo he conocido, por ende, le debo las gracias de haberme hecho los regalos más hermosos del universo que son ustedes. Mis dos hijos representan el comienzo de mi historia, dos regalos enviados por dios, son y siempre serán el tesoro más valioso. Los amo.

A mis hermanos Luis Antonio y María Guadalupe:

Gracias por el apoyo que siempre me han brindado con su fuerza, tenacidad, amor, cariño e impulso, que son parte trascendental de mi formación. Gracias porque no imagino esta vida sin ustedes, porque deseo hacerles saber lo que significan ustedes para mí, abrazarlos, ser su amigo, cómplice, confidente, tener su confianza y contar con mis hermanos. Espero de todo corazón que al ser su hermano mayor les pueda dar un buen ejemplo que les sirva en su vida diaria porque yo he aprendido excelentes cosas de ustedes, por estas y muchas razones más son mis hermanos de sangre pero sobre todo de vida. Gracias Toño y Lupita, esta meta cumplida sin duda también es para ustedes, son los mejores hermanos que pude tener.

Mi más sincero agradecimiento a la Lic. María del Carmen Montoya Pérez:

Gracias querida María del Carmen por haber sido mi maestra en la enseñanza del Derecho Familiar, porque sus lecciones despertaron en mí el interés por ésta materia tan apasionante. Pocos catedráticos logran lo que usted ha logrado en todos y cada uno de los alumnos que hemos tenido la dicha de tomar sus clases, fue y es para mí un gran honor ser su alumno. Gracias por tenerme la paciencia necesaria, por su esfuerzo, dedicación, conocimientos compartidos, orientación, por su forma de trabajar, persistencia y paciencia detonantes fundamentales en la elaboración del presente trabajo. La admiro como profesionista del Derecho y de igual forma como ser humano es usted una persona de altos valores y calidad moral, he de sentirme en deuda eterna por todo lo recibido de su parte durante el tiempo que ha durado el desarrollo de esta tesis. Gracias apreciable amiga María del Carmen.

A mis suegros Antonio y Juana María por haber confiado en mí desde que me case con su hija, gracias por su apoyo moral para la realización de la presente tesis, por haber inyectado el animo necesario para no desistir.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 Roma	1
1.1.1 Monarquía.	4
1.1.2 República.	6
1.1.3 Imperio.	9
1.1.4 Derecho sobre los bienes.	11
1.1.5 Fuentes de la patria potestad.	15
1.1.6 Diversas figuras jurídicas de carácter marital que someten a la patria potestad.	32
1.1.7 Formas por las que se extingue la patria potestad.	35
1.1.8 <i>Mancipum y Manus</i> .	39
1.2 En el Derecho Germánico.	42
1.3 En el Derecho Español.	44
1.4 En el Derecho Francés	48
1.5 Antecedentes en el Derecho Mexicano	50
1.5.1 Época Precortesiana.	52
1.5.2 México Colonial.	54
1.5.3 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.	57

1.5.4 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.	64
1.5.5 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	65
1.5.6 Código Civil en Materia común para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal de 1928.	68

CAPITULO SEGUNDO. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1 Concepto de patria potestad.	83
2.2 Fuentes de la patria potestad .	
2.2.1 El Matrimonio.	88
2.2.2 La Filiación.	91
2.2.3 La Adopción.	95
2.2.4 El concubinato.	98
2.3 Naturaleza jurídica.	101
2.4 Sujetos de la patria potestad.	104
2.5 Características.	107
2.6 Efectos de la patria potestad.	
2.6.1 Respecto de la persona de los hijos.	110
2.6.2 Respecto de los Bienes de los hijos.	117
2.6.3 Responsabilidad Civil derivada de la administración de los bienes.	130
2.7 Terminación, Suspensión, Limitación y Excusa para ejercer la patria potestad.	132
2.8 La figura jurídica de la emancipación como forma de terminación de la patria potestad.	
2.8.1 Antecedentes en el Derecho Civil Mexicano.	137

2.8.2 Concepto de emancipación.	140
2.8.3 La administración de los bienes por el emancipado.	144
2.8.4 Extinción de la emancipación.	148
2.8.5 Efectos de la emancipación.	149
2.9 Perdida de la patria potestad.	151

CAPÍTULO TERCERO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SU DIFERENCIA CON LA PATRIA POTESTAD.

3.1 Concepto de guarda y custodia.	153
3.2 Naturaleza jurídica.	159
3.3 Sujetos.	160
3.4 Fin y objeto de la guarda y custodia.	
3.4.1 Objeto.	167
3.4.2 Artículo 4° Constitucional.	170
3.4.3 El interés superior del niño.	177
3.5 Características.	183
3.6 Elementos y modalidades.	185
3.7 Custodia compartida.	
3.7.1 Concepto.	207
3.7.2 Regulación en el Código Civil del Distrito Federal.	210
3.7.3 Regulación en los Códigos Familiares de los Estados Libres y Soberanos de:	215
a) Hidalgo;	216
b) Michoacán;	218
c) Morelos; y	219
d) Zacatecas.	222

3.8 Obligaciones de crianza derivadas de la patria potestad y guarda custodia.	223
3.9 Suspensión, Pérdida y Extinción de la Guarda y Custodia.	226
3.10 La patria potestad y sus diferencias con la guarda y custodia.	231

CAPÍTULO CUARTO. PROPUESTAS DE UNA MEJOR REGULACIÓN EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y GUARDA CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 Creación de un Código Familiar para el Distrito Federal para una correcta sistemática jurídica.	234
---	-----

4.2 Reforma al artículo 282, apartado "B", fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, respecto a la guarda y custodia única y la custodia compartida.	239
---	-----

CONCLUSIONES.	247
----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.	258
----------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis consiste en comprender la importancia de la patria potestad en las relaciones entre los progenitores y sus descendientes en la vida diaria, situación que pone en evidencia el valor jurídico, ético y moral de dicha institución. Los menores de edad no emancipados, se encuentran por diversas causas en una posición vulnerable frente al resto de la sociedad, es por eso que los padres tienen puesta toda su atención en sus hijos o al menos eso debe ser lo correcto.

La patria potestad como un cúmulo de obligaciones y derechos abarca entre otras cosas la protección, educación, orientación y representación del menor, dicho cargo única y exclusivamente pueden desempeñarlo los padres y a falta de éstos los abuelos. Por lo anterior la figura jurídica causa de estudio del presente trabajo resulta ser un pilar insustituible de la relación paterno filial.

Es indudable que la patria potestad desde sus orígenes ha sufrido un sin número de modificaciones en cuanto a su regulación, es por eso que en el capítulo primero realizaré un recorrido histórico de la institución en cita comenzando por los antecedentes en Roma, Alemania, España, Francia y por último sus antecedentes en el Derecho Mexicano. Analizaremos de forma breve pero concisa las distintas legislaciones civiles de nuestro país que normaron la patria potestad, a lo largo de la historia del México independiente como son: el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, Código Civil en Materia común para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal de 1928, hasta llegar al Código Civil para el del Distrito Federal.

Una vez analizada la historia de la patria potestad, en el segundo capítulo se expondrán sus aspectos fundamentales de la última mencionada y acudiré a distintos juristas reconocidos para establecer un concepto doctrinario. Examinaremos las fuentes de la patria potestad, su naturaleza jurídica, los sujetos que en ella intervienen, características, así como los efectos derivados respecto de la persona y los bienes de los hijos sujetos a ella. De igual forma indagaremos a cerca de los diferentes supuestos de terminación, suspensión, limitación, excusa y pérdida de la patria potestad.

En el tercer capítulo estudiaremos una figura jurídica relacionada íntimamente con la patria potestad, es decir, la guarda y custodia, su naturaleza jurídica, el fin y objeto de la misma, el interés superior del menor, las distintas clases de custodia, las obligaciones de crianza y sus diferencias con la patria potestad. En el mismo apartado dedicare unas páginas a la custodia compartida, un régimen de tenencia que en el Distrito Federal está regulado de forma muy superficial y al cual no se le ha dado la importancia y elementos necesarios para su buen desarrollo.

En el capítulo cuarto se plantearán las propuestas que ha consideración el que suscribe son necesarios para una mejor regulación de la patria potestad y la guarda y custodia en el Código Civil para el Distrito Federal, así como la justificación de dichas propuestas. Éstas al igual que las conclusiones serán producto inmediato de la investigación, conocimientos y desarrollo de los temas anteriores, mismos que servirán de pauta para establecer un criterio propio del tema en análisis.

Espero que el objetivo de la tesis se cumpla y de esa forma el lector cuente con un panorama claro del tema.

CAPITULO PRIMERO.

1.ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 ROMA.

Para conocer el verdadero origen de la patria potestad, es menester seguir una trayectoria histórica de los principales acontecimientos ligados con Roma, ya que sin duda esta institución jurídica nace en el derecho romano; en donde la patria potestad era atribuida al *paterfamilias*, quien ejercía sobre los descendientes, los hijos y la mujer una situación de poder, dicha facultad era ejercida por el ascendiente varón de mayor edad.

El significado de la patria potestad ha dependido en gran parte de los diferentes conceptos de la familia en las diversas etapas históricas, por tal motivo, haremos acepción de la palabra familia, siendo necesario conocer este término para comprender a la patria potestad.

Floris Margadant Guillermo, señala que la familia en el antiguo latín como “patrimonio doméstico”, así *paterfamilias* significa el que tiene el poder sobre los bienes domésticos; con el paso del tiempo dentro del mismo latín se define a la familia “como un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco”.¹

Actualmente Rafael de Pina Vara define a la familia como “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco”.² Conceptuando al parentesco como el “vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor parentesco consanguíneo); entre el marido y los parientes de la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil)”.³

¹ Floris Margadant, Guillermo. “*Derecho Privado Romano*”. Editorial Esfinge, México Distrito Federal. 1995. Pág. 197.

² De Pina Vara, Rafael. “*Diccionario de Derecho*”. Editorial Porrúa. México, D.F., Pág 287.

³ *Ibidem*. Pág.395.

De los anteriores conceptos podemos manifestar que la familia no puede ser definida en un sólo ámbito de conocimiento o disciplina, por el contrario responde a las distintas necesidades de los seres humanos dependiendo de los diversos factores religiosos, sociológicos, económicos e incluso jurídicos de cada época. Lo cierto es que el cúmulo inmenso de relaciones inherentes a la familia trae consigo consecuencias jurídicas de inmenso impacto en el derecho.

Una vez que se han mencionado distintos conceptos de la familia, retomaremos la institución jurídica de la patria potestad desde sus orígenes en Roma.

El derecho romano, se manejaba con base en un sistema patriarcal, recordemos que era el *paterfamilias*, quien tenía el dominio de sus *Domus* (casa), llegando inclusive en los primeros siglos de Roma a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder manciparlos a tercera persona.

El sistema patriarcal se componía de la siguiente forma:

Por una parte se encontraba el *paterfamilias (sui iuris)* y por la otra todos los demás miembros de la familia (*alieni iuris*), este grupo estaba compuesta por la esposa si se encontraba casado *cum manu*, los hijos hasta el *infinitum*, no importando su edad, mientras no se les emancipara, los hijos de sus hijos, los esclavos.

En esta perspectiva el *sui iuris* era el único que podía ser el *paterfamilias* siendo el miembro más viejo de la familia, quién además era el dueño absoluto de los actos de los *alieni iuris*, les impartía justicia y a la vez era el gran sacerdote de la *domus*, ofrecía y dirigía los ritos religiosos privados de la familia hacia sus antepasados. Sus descendientes no podían tener la calidad de *sui iuris*, no importando la edad de estos, y solo se podían convertir en *paterfamilias* por la voluntad de su ascendiente, mediante la *mancipium*, esto es la venta ficticia por tres veces del descendiente.

El poder que se ejercía sobre la mujer y los hijos se extendía claramente hasta sus bienes, pudiendo el *paterfamilias* dominar en su totalidad el patrimonio de éstos. La potestad paternal pertenece por sus características específicamente al derecho civil y no al derecho de gentes y no podía ejercerse más que por un ciudadano romano sobre sus descendientes también ciudadanos romanos, su esencia estaba inclinada únicamente hacia el bienestar de los que la ejercían. En esta tesitura el poder del *paterfamilias* era ilimitado y absoluto en un principio, posteriormente la costumbre y después la ley limitan la potestad del padre, al respecto Eugene Petit explica “El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libentar; b) Solo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre nunca puede tener la potestad paternal”.⁴

En tales condiciones el *paterfamilias* es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce, ejercicio y una capacidad procesal, dependiendo todos los miembros de su familia de él y participando en la vida jurídica de Roma a través de éste.

Con referencia a la constitución de los grupos familiares, de su evolución y de la naturaleza así como los alcances de la patria potestad en el derecho romano Ignacio Galindo Garfias comenta que “La base sobre la que descansa la organización de la familia romana, difiere enteramente de la familia moderna. En efecto en la actualidad, el grupo familiar está constituido por los parientes consanguíneos y toma su origen del concepto de filiación; en cambio en Roma la familia no se refiere a la idea de generación o de paternidad, no alude al concepto

⁴ Petit, Eugene. “*Derecho Romano*”. 20ª Edición. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 101

de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma de poder de mando..... el *paterfamilias* tenía derecho a castigar al *filius familias*"⁵

Por estas circunstancias es preciso establecer que Roma suele dividirse en épocas, para estudiarla de manera más acertada. Es por ello que debemos estudiar el origen y evolución de la patria potestad en función con el desarrollo histórico de la misma.

1.1.1 Monarquía

Para el estudio de la patria potestad en el antiguo derecho romano se encuentra como primera etapa histórica la monarquía, considerada una época primitiva, ya que en ella se ubican las primeras creaciones y evoluciones del derecho. Los autores Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González en su libro titulado Derecho Romano, ubican este período histórico-político desde la fundación de Roma hasta el año 243 de la era romana; es decir, del año 753 al 510 a.c.".⁶

Es muy poca la información que existe en torno a este período de evolución, sin embargo, existen algunas leyendas que nos pueden permitir conocer a los primeros habitantes de Roma. La población se encontraba constituida por los latinos en el centro, los sabinos al sur y los etruscos al norte. La unión y convivencia de estas tribus dieron como resultado el surgimiento de Roma. Pues estas se agrupaban en treinta curias, diez curias por cada una de las tribus que la integraban. A esta agrupación de carácter aristocrático se le denominó *gens*. Cada una de las tribus se sometía a la autoridad del *paterfamilias*. Estos sujetos eran conocidos con el nombre de los patricios, mismos que gozaban de una situación preferencial y privilegiada en desigualdad con la demás población, de clase pobre denominados plebeyos. Es aquí donde encontramos los primeros indicios de la patria potestad.

⁵ Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas y Familia". Editorial Porrúa. 10° edición. México. D.F., 1990. Pág. 691

⁶ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. "Derecho Romano". 3° Edición. Editorial Harla. México 1998. Pág. 5.

En Roma las personas se dividían atendiendo al derecho de familia en: *sui iuris* eran aquellas que tenían su condición propia, su derecho, su voluntad y que no dependían sino de sí mismas y los *alieni iuris* aquellos que dependían de la voluntad de otro. El concepto de *paterfamilias* no se encontraba ligado de manera exclusiva a la paternidad, pues bastaba que no perteneciera a la familia de ningún otro no sometido a un *paterfamilias* para que recibiera ese nombre.

Tal como lo establece el autor José Ignacio Morales “en Roma, la patria potestad era el poder atribuido al padre de familia, sea la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las *justas nupcias*, por la legitimación o por la adopción”.⁷

El *paterfamilias* era el único propietario, sacerdote doméstico y juez dentro de su familia. Tenía el derecho de venderlos o exponerlos (es decir, no admitirlos en la familia, para el caso de no aceptar al recién nacido o no aceptar la atribución de la paternidad); en el mismo orden de ideas disponía del derecho de la vida y muerte sobre sus hijos y nietos, aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justa, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias.

En esta etapa se trata de manera exclusiva de proteger y salvaguardar los intereses de los *paterfamilias*, pues quien ejercía la patria potestad contaba con todos los derechos para el ejercicio de su facultad, de manera contraria los individuos sujetos a esta institución tenían a su cargo todas las obligaciones. No existía circunstancia o presupuesto legal alguno que modificara esta situación. La autoridad paternal era total tanto en la persona como en los bienes sujetos a dicha institución.

Como podemos observar el *paterfamilias* era la única persona verdadera dentro del núcleo familiar, todo lo que el hijo adquiría entraba a formar parte del patrimonio del jefe de familia. Se trata de un poder sin límites y absorbente,

⁷ Morales, José Ignacio. “*Derecho Romano*”. Editorial Trillas. México 1992. Pág. 170.

parecida a la potestad del padre sobre sus esclavos (*dominica potestas*), constituida en exclusivo provecho de su titular.

Al respecto cita Jorge Mario Magallón Ibarra en su obra “La idea de la autoridad suprema reina en todo el derecho privado antiguo. El jefe de familia goza de un poder casi ilimitado sobre los familiares. Durante siglos el poder paterno fue idéntico al poder dominical. Sus hijos no podían tener nada de su propiedad, el padre podía venderlos, casarlos a su gusto, disolver su matrimonio. La única diferencia es que el esclavo podía ser vendido una sola vez, mientras que el hijo tres veces”.⁸

La autoridad paterna era como ya lo hemos dicho absoluta, incluso podía obligar al hijo a contraer matrimonio.

En esta época la intervención del Estado por medio de la ley en la casa de los *paterfamilias* era casi nula. El desenvolvimiento de la familia al interior de su hogar se regía por el jefe de la familia. Nadie podía inmiscuirse en los problemas de la familia.

Este poder absoluto del *paterfamilias* sobre los miembros de su familia, tenía un carácter perpetuo, únicamente se extinguía por la muerte del padre o por la emancipación.

1.1.2 República

Esta época se ubica entre los años 510 y 27 a.c. En estos tiempos se observa una tendencia de moderación a través de instrumentos jurídicos que merman de manera clara aunque no absoluta los poderes de quien ostentaba la patria potestad.

⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario. “*Instituciones de Derecho Civil Tomo III. Derecho de Familia*”. Editorial Porrúa. México. 1988 Pág. 514.

En dicho período se crea la famosa Ley de las XII Tablas, con el objetivo de regular de manera general la vida cotidiana de los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos. Con esta ley se inicia una etapa de derecho escrito, público y de naturaleza privada.

La Tabla IV es la que concierne al estudio de la presente tesis, en vista de que se refiere a la Patria Potestad, tal y como lo señala la autora Nelly Dora Louzan de Solimano “La Patria Potestad era, según el derecho consuetudinario preexistente, absoluta, es decir, que tenía el derecho de vida y muerte, de venta y de exposición sobre sus hijos”⁹

Sin embargo, para poder ejercer el derecho de vida o muerte sobre los hijos, se dio la necesidad de contar con la autorización de los parientes más próximos. Con esta ley se autorizaba la exposición de los hijos deformes; “¿Cómo es que se realizaba esta exposición? Según las costumbres, una vez nacido el niño, la partera lo colocaba ante el *pater* en el suelo, y éste, al levantarlo, lo estaba admitiendo como suyo, si lo dejaba expuesto no lo consideraba hijo suyo. Constantino decidió que el hijo expuesto pasará a la potestad o al dominio de aquél que lo recogiera ya como hijo o como esclavo. Pero Justiniano declaró ilícita la exposición, y al hijo expuesto como libre”.¹⁰

En la época en que nos encontramos, se declaró ilícita la venta de los hijos, solo se permitió en caso de extrema necesidad para procurarse alimentos; perteneciendo al hijo todos los bienes no provenientes del padre y siguen siendo de su propiedad, por lo que se crea otra figura llamada peculio, “que es la masa de bienes concedida por el *pater* al hijo en goce y administración, pero no podía donarlos ni disponer de ellos, más que por el acto de última voluntad”.¹¹

⁹ Louzan De Solimano, Nallely Dora. “Curso de Historia del Derecho Romano”. Ediciones Luimiere, Buenos Aires. Argentina 2001. pág. 76.

¹⁰ Di Pietro, Alfredo. “Derecho Privado Romano”. Editorial de Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 294.

¹¹ Louzan De Solimano, Nallely Dora. Op. Cit. pág. 76.

Las personas sujetas a la patria potestad tenían la facultad de la capacidad *negocial* o de obrar, empero sus adquisiciones efectuadas en razón de los contratos en que intervenían formaban parte del patrimonio del *pater*. En esta tesitura el *paterfamilias* tenía la facultad de otorgar su consentimiento en caso de que el hijo o esclavo contraten con tercero, respondiendo estos por la totalidad de la deuda.

Sainz José María explica en su obra “esta misma Ley (XII Tablas) demostró en sus disposiciones antipatía a la figura de la *mancipatium*, es decir, que el hijo en lugar de venderlo fuera colocado bajo el dominio de un tercero (persona libre), a fin de que este ejerciese autoridad sobre él temporalmente, en esta condición el hijo se encontraba en una estado parecido al esclavo, sin perder su condición; Estableciendo asimismo que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado del dominio del padre y una vez ejecutada la patria potestad, era transmitida al nuevo *paterfamilias*. Así que el hijo era vendido al adoptante por tres veces; y la jurisprudencia interpretó que las hijas y nietos con una sola mancipación provocaba esos mismos efectos. No siendo la única forma de sacar al hijo de la patria potestad, también el *pater* podía entregarlo al acreedor en garantía de una deuda”.¹²

Como es de apreciarse se ve la decadencia paulatina del poder absoluto de los *paterfamilias* sobre esposas e hijos, ya que a fines de la República al aparecer las nupcias la esposa queda bajo la patria potestad de su padre. El hijo recibe, además ciertos derechos frente al padre, como educación, curación, y se crean remedios contra la no motivada resistencia de los padres a ciertos matrimonios.

¹² Sainz Gómez, José María. “Derecho Romano I”. Editorial Noriega S.A de C.V. México. D.F.,1991.Pág. 183.

1.1.3 Imperio

Los autores Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González mencionan en su obra que es “el período que conocemos con el nombre de Imperio Absoluto, en el cual todos los poderes se centran en el emperador; abarca desde el inicio del reinado de Diocleciano en el año 284 hasta la caída de Roma, en 476, por lo que toca al Imperio Romano Occidental, y hasta 1453, fecha en que cae la ciudad de Constantinopla y termina así el Imperio Romano de Oriente”.¹³

El derecho de vida o muerte queda reducido en tiempo de los severos a un derecho de corrección, exigiéndose la intervención del magistrado para la imposición de una pena más grave; se prohíbe la exposición de los hijos, así como su venta en esclavitud, reconociéndose a éstos el derecho a reclamar alimentos. Si el padre pudo por mucho tiempo matar al hijo, pudo venderlo o exponerlo, dentro del imperio estos actos eran considerados graves como un crimen equiparable al homicidio.

De igual forma el autor Cossio trata en su obra titulada Instituciones de Derecho Civil que “en materia patrimonial se comienza a crear la teoría de los peculios, reservándose al hijo la propiedad de los bienes recibidos por su madre o de la familia de ésta (*bona adventicia*), así como de los adquiridos por el ejercicio de la profesión militar (*peculium castrense*) o en el servicio civil o clerical (*peculium quasi castrense*). En tanto que los primeros eran usufructados y administrados por el padre, los otros dos grupos de bienes quedaban a la libre administración y disposición del hijo”.¹⁴

El régimen de *bona adventicia* operaba de manera similar para el caso de que el hijo recibiese donaciones de sus abuelos maternos; incluyéndose los denominados *lucros nupciales y esponsalicios*, es decir, estos bienes eran

¹³ “Derecho Romano” Op.Cit., pág. 19.

¹⁴ De Cossio Y Corral, Alfonso. “Instituciones de Derecho Civil Tomo II”. Editorial Civitas. Madrid España. Pág. 479

usufructados y administrados por el padre, aún cuando éste no tenía la obligación de rendir cuentas al hijo.

El matrimonio constituye una de las fuentes principales de la patria potestad, entendiéndose en el derecho romano por fuente de la patria potestad la relación de dependencia de un *alieni iuris respecto de un sui iuris*.

El matrimonio viene a constituir la conservación primordial de la familia que tiene por fin inminente la procreación de hijos y así garantizar la conservación de la sociedad romana. Los hijos nacidos después de 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio o bien dentro de los 300 días a partir de la terminación de las *iustae nuptiae* quedaban de plano bajo la patria potestad del padre con todos y cada uno de los derechos y obligaciones que esto requería. Desde el punto de vista que se analice la patria potestad fue revistiendo al paso de los años una calidad de mayor reciprocidad entre las partes.

“En esta etapa de la historia de Roma las personas que van a contraer matrimonio deben expresar libremente su voluntad, esto como requisito indispensable para su celebración, con independencia de la voluntad paterna, pues si el paterfamilias se negaba a dar su consentimiento, los afectados podían acudir al magistrado para que este presionase al jefe de familia para dar el consentimiento. En caso de no obtenerlo, el magistrado podía suplir la voluntad paterna”.¹⁵

En el caso de las hijas, éstas tienen derecho a que el padre les dé una dote en el momento de contraer matrimonio, dote que debe estar en relación directa con la fortuna y el rango social del *paterfamilias*.

En el Imperio Constantino se publicó una ley que mandaba castigar como parricida a todo aquel que hubiera dado muerte a su hijo sin importar el motivo que haya dado pie a ese hecho. La patria potestad que en su origen fue un poder

¹⁵ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit., Págs., 64 y 65.

establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos.

Finalmente durante el imperio el poder de los padres se redujo a corregir a los hijos y en caso de requerir alguna penalidad se debería acudir a los magistrados, se facultó al hijo para reclamarle alimentos al *paterfamilias*, así como el reconocimiento que se le da al hijo para que éste pudiese quejarse judicialmente en contra del jefe de familia.

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.

El avance de la patria potestad en Roma, evolucionó de manera paulatina, como se puede observar en el período más antiguo como es la monarquía el *paterfamilias* era el único que tenía poder absoluto extremo sobre sus descendientes y sus bienes. Sin embargo esta potestad fue desapareciendo en las diversas etapas de la historia de romana, hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y obligaciones para padres e hijos, es decir, una relación parecida a la que conocemos hoy en día.

Es en esta época cuando se crean las directrices necesarias y más importantes referentes a la patria potestad, como son las fuentes de la patria potestad, las diferentes figuras jurídicas que someten a la patria potestad, formas que extinguen la patria potestad, situaciones a las que haremos referencia y estudiaremos en forma especial e independiente en el presente trabajo.

1.1.5 Derecho sobre los bienes

La *patria potestas* otorgaba al *paterfamilias* el derecho absoluto sobre la persona y los bienes de los hijos. El derecho sobre los bienes de los hijos también sufrió una

evolución considerable en las diferentes etapas de la historia de Roma. En los primeros siglos del derecho romano el hijo se equiparaba a la situación del esclavo, pues estaba impedido para tener bienes propios, en esa perspectiva todo lo que adquiría la persona pertenecía únicamente al jefe de familia.

“Todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al jefe, para quien es, lo mismo que el esclavo, un instrumento de adquisición”.¹⁶

Desde el punto de vista patrimonial el estar sometido a la patria potestad del *paterfamilias* implicaba como lo asevera el autor Sabino Ventura Silva:

- Que el único titular de derechos patrimoniales, en la familia romana, era el *paterfamilias*; el *filius nihil, suum habere potest* – el hijo nada puede tener como suyo;
- Que el hijo tenía capacidad de realizar negocios jurídicos que no fueran de enajenación o gravamen, porque carecía de propiedad y derechos reales; más podía adquirir a favor del *pater* derechos reales o de crédito;
- Que por carecer de capacidad legal para ser titular de derechos patrimoniales, su capacidad de realizar negocios jurídicos sólo venía a ser, igual que el esclavo, un instrumento de adquisición de su *pater* pues era éste quien recibía todo lo adquirido por actos del hijo;
- Que, en cambio, si por esos actos el hijo resultaba obligado, el *pater* no quedaba deudor, sino sólo aquél”.¹⁷

Ya en la etapa republicana, estas circunstancias se van modificando y el hijo puede ir formando un patrimonio propio e independiente. En el imperio ciertas

¹⁶ Ventura Silva, Sabino. “*Derecho Romano*”. Edición 19°. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 123.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 123.

adquisiciones le fueron otorgadas a los hijos en propiedad, como lo adquirido por él mismo y que dan lugar al apareamiento de los peculios. Nos explica Sabino Ventura Silba que “se llaman *peculios* a ciertas masas de bienes sobre las que se reconocieron al *filiusfamilias* facultades variables, según las épocas y las clases de peculios. Distinguiéndose cuatro: el *proficticio*, el *castrense*, el *cuasicastrense* y el *adventicio*”.¹⁸

- *Peculio Proficticio*: Constituye el peculio más antiguo, data de la época republicana, consiste en un conjunto de bienes que el *paterfamilias* entregaba al hijo, para que con ellos ejerciera el comercio o alguna actividad industrial, sin embargo al ser la figura jurídica más antigua de los peculios, en éste la propiedad de los bienes sigue perteneciendo al padre y deja al hijo en la aptitud única de administrarlos, sin derecho a enajenar los bienes materia del *peculio*;
- *Peculio Castrense*: este *peculio* se crea en la época de Augusto y fue un privilegio otorgado a la clase militar, mediante el cual el hijo de familia que ejerciera la profesión militar de manera automática adquiriría los bienes derivados del ejercicio del servicio militar, como sueldo, donaciones, botín de guerra y legados hechos en razón de su función. Este peculio permitía que el *filiusfamilias* gozara de la plena propiedad de los bienes. Al respecto señala Jorge Mario Magallón Ibarra “ello le permitía disponer de ese peculio, tanto por actos entre vivos o *mortis causa*, pero si moría *ab intestato* heredaba el padre y no los herederos del hijo”.¹⁹
- *Peculio Cuasicastrense*: Creado por el Emperador Constantino, tiene una semejanza al anterior, pero en éste, el hijo de familia adquiriría los

¹⁸ Ibídem. Pág. 124.

¹⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Op.cit. Pág. 522.

bienes en función de los servicios públicos que hubiera prestado en el palacio imperial o en ejercicio de funciones eclesiásticas. Los bienes que integraban este peculio no podían transmitirse por testamento;

- *Bona Adventitia*: Fueron creados por Adriano y Constantino, en éste se reconoce la capacidad para que el *filiusfamilias* adquiriera la propiedad de los bienes por la sucesión de la madre; el jefe de familia solo poseía el usufructo y el derecho de administrarlos aún cuando no existía obligación alguna a su cargo de rendir cuentas al hijo. Conforme fue evolucionando el derecho romano también se consideró la adquisición de bienes no sólo por la madre sino de igual forma de los padres, cónyuge y de la prometida. Cabe destacar que “el mismo régimen operaba para el caso de que el hijo recibiese donaciones de sus abuelos maternos; incluyéndose los llamados *lucros nupciales y sponsalicios*”.²⁰

Obedeciendo a las modificaciones de la patria potestad en el derecho civil de los romanos se instaura el principio de que el *paterfamilias* es responsable de las deudas del hijo, en determinadas condiciones, a esta doctrina se le conoce como las acciones *adiecticiae qualitatis*. En el *ius civile* los hijos al igual que los esclavos sólo podían ser acreedores y no deudores. Con el fin de subsanar esta situación, se dotó a los acreedores de los hijos o esclavos de acciones ejercitables en contra del *pater* por los negocios celebrados por aquellos, tales acciones fueron:

- *Actio quod iussu*, para el caso de que el *pater* hubiera manifestado su consentimiento de manera expresa de que el hijo o esclavo celebrara un determinado negocio;

²⁰ Loc.Cit.

- *Actio exercitoria*; tiene relevancia cuando el hijo como capitán de un navío celebra un negocio jurídico, puesto que ocupa por haber sido nombrado por el jefe armador;
- *Actio institoria*; esta acción tiene relación directa con el *peculio profectitium*, pues al administrar determinados bienes para el ejercicio del comercio o de alguna industria por parte del hijo, éste realiza un acto jurídico creador de la deuda.
- *Actio tributoria*; se manifiesta cuando el hijo o el esclavo intervienen en actos industriales o de comercio, con el conocimiento del paterfamilias y por cualquier causa resultaban insolventes, se llevaba a cabo un reparto de la masa de bienes que constituía el peculio entre los acreedores, si el *dominus* se oponía a dicha repartición, los acreedores perjudicados podían oponer la *actio tributoria*.

Entre los años 527 y 565 de nuestra era, el emperador Justiniano adaptó las normas jurídicas a las necesidades de su época, es en este período en que se decide que todos los bienes que adquiriera los hijos de familia sujetos a la patria potestad, les pertenecían en propiedad absoluta, salvo los adquiridos *ex re patris*, es decir, los obtenidos con el dinero del padre y los *ex contemplatione patris*, que vienen a ser los entregados por un tercero por gratitud al padre.

1.1.6 Fuentes de la patria potestad

“Se entiende por fuentes de la patria potestad aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un *alieni iuris* respecto de un *sui iuris*”.²¹

Las fuentes de la patria potestad en el derecho romano son:

- ◆ Las Justas nupcias (matrimonio);

²¹ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 62.

◆ La Legitimación; y

◆ La Adopción.

◆ **Matrimonio**

En el derecho romano la conservación de la familia era de suma importancia desde el punto de vista político, religioso y familiar, el aseguramiento de ésta dependía en gran medida de la institución del matrimonio, cuyo objetivo esencial era la procreación de los hijos y así asegurar la existencia de la sociedad.

Martha Morineau Iduarte señala en su libro que “se llama *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* a la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano”.²²

José Ignacio Morales define al matrimonio como “la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia”.²³

De los conceptos anteriores podemos afirmar que el matrimonio en Roma encerraba diversos elementos esenciales, el primero lo constituye el consentimiento del hombre y la mujer de hacer una vida en común, el segundo la procreación de los hijos y el tercero de carácter subjetivo en la intención de la pareja de considerarse como marido y mujer y tratarse de tal forma en público.

La patria potestad originada de las *justas nupcias*, traía como consecuencia inmediata que los hijos nacidos de los contrayentes, cayeran bajo la potestad del *paterfamilias*, así como los nietos o descendientes del hijo varón que contrajera matrimonio legítimo.

²² Loc.cit.

²³ Ignacio Morales, José. Op.cit. Pág. 171.

Se presumían hijos legítimos los que nacían dentro de los 180 días desde la celebración del matrimonio o en el lapso que comprendía los 300 días desde la fecha de la terminación del mismo. De esta forma dichos hijos se sujetaban de manera automática a la patria potestad del padre.

En el derecho actual y moderno el matrimonio presenta para su celebración una tesitura mixta como acto jurídico, pues no basta para su celebración con la voluntad de los contrayentes, sino que aparece también la decisión del Estado a través del Juez del Registro Civil para declararlo legalmente constituido, de manera semejante para contraer matrimonio en el derecho romano se estipuló que los contrayentes necesitaban cumplir determinadas condiciones para la validez del matrimonio.

Condiciones de validez para el matrimonio

1° Pubertad de los futuros esposos

Se define a ésta como la capacidad física necesaria requerida a los cónyuges para cumplir cabalmente con la finalidad esencial del matrimonio; éstos, es la procreación de los hijos. La edad indispensable para la mujer fue de 12 años y para el varón de 14 años.

2° Consentimiento de los esposos

En la época del Imperio es cuando tiene relevancia este requisito, ya que los contrayentes debían expresar libremente su intención de contraer matrimonio, sin estar supeditado o pudiera influir la opinión del *pater*.

3° Consentimiento del jefe de familia

Al respecto existe una dualidad muy sencilla de comprender, recordemos que existían dos tipos de individuos los *sui iuris* y los *aliene iuris*, los primeros mencionados no necesitaban del consentimiento de nadie en vista de que no se encontraban sujetos a la potestad de alguien más, sin embargo los segundos necesitaban el consentimiento del *pater*. Si el *paterfamilias* se negaba a otorgar este permiso los contrayentes contaban con el derecho de acudir directamente ante el magistrado para que por su conducto convenciera al jefe de familia, si no lo lograba el magistrado tenía la facultad de suplir su voluntad.

4° *Conubium*

“Era la capacidad de legal para contraer legítimo matrimonio y obtener los derechos que se derivaban de él, como la patria potestad y el parentesco civil”.²⁴ Ostentaban este derecho o privilegio todos los ciudadanos romanos, con excepción de los peregrinos y los *latini*, quien no se encontraba en este supuesto era libre de celebrar las *justas nupcias*, sin embargo, aún siendo ciudadano romano no todos gozaban de la *connubium*, pues se encontraban impedidos para celebrar el matrimonio por la existencia de parentesco entre los contrayentes.

Por parentesco debemos entender el lazo de unión que existe entre las personas que descienden unas de otras y de un tronco común, unidas por la sangre (*cognati*), de ahí que se llame también parentesco por cognación.

Las diferencias entre el parentesco *agnático* (vínculo que une a los parientes por línea masculina que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*) y el *cognático* (vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas de otras en línea recta o que descienden de un mismo autor común en línea colateral,

²⁴ *Ibidem*. Pág. 175.

sin distinción de sexo), no se toman en cuenta, dicha prohibición regula de manera igual en los dos casos.

Es un impedimento para la celebración de matrimonio legítimo el parentesco en línea recta hasta el infinito de personas consideradas como ascendientes o descendientes, unidas o no por lazos consanguíneos.

El parentesco en línea colateral está prohibido entre hermanos, tíos y sobrinos y entre primos, en este último caso los autores Martha Morineau Iduarte y Román Iglesia González Señalan “en éste último caso cada vez fueron permitiéndose los matrimonios con mayor frecuencia, hasta que llegó un momento en que tal prohibición desapareció”.²⁵

Por lo que trata al parentesco civil en línea colateral, los impedimentos podían extinguirse cuando desaparecía el parentesco civil, un claro ejemplo de tal situación nos lo explica en su libro José Ignacio Morales “la prohibición establecida para contraer matrimonio entre hermano y hermana; pero si éstos habían sido hermanos por adopción, la emancipación de uno de ellos hacía desaparecer el parentesco, cesaba el impedimento y permitía celebrar el matrimonio”.²⁶

El parentesco por afinidad es otro de los impedimentos para la celebración del matrimonio romano. Este parentesco constituye el lazo que une al cónyuge con los parientes del otro, al igual que en el parentesco natural, el parentesco por afinidad estaba prohibido en línea recta hasta el infinito, es decir, impedía las *justas nupcias* entre el marido y los ascendientes y descendientes de su mujer y viceversa. Por lo que toca al parentesco por afinidad en línea colateral el matrimonio estaba impedido hasta el segundo grado, o sea, entre cuñados.

Por otro lado, también estaba prohibido el matrimonio entre una menor de 26 años de edad con su tutor o su curador o con sus descendientes en línea recta hasta el

²⁵ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 65.

²⁶ Ignacio Morales, José. Op.Cit. Pág. 177.

segundo grado, lo anterior para prevenir las posibles omisiones de los tutores de rendir cuentas, alterarlas o no rendirlas con exactitud.

Por mandato de la Ley *Papia Poppaea* se prohibió la unión en matrimonio de los hijos de los senadores con libertos; así mismo un gobernador no podía casarse con una mujer que viviere en el mismo territorio donde el gobernaba.

El matrimonio estaba prohibido cuando los contrayentes tenían una situación económica y social muy diferente, sin embargo, esta hipótesis de impedimento queda sin efecto para satisfacer la conveniencia del Emperador Justiniano al querer contraer nupcias con una mujer de bajo nivel económico.

Esponsales

El matrimonio podía pactarse de manera previa a su celebración mediante los esponsales que no son otra cosa que un simple acuerdo entre los contrayentes o sus padres por el cual se comprometían a la realización de las *justas nupcias*.

Esta figura jurídica no es de carácter obligatorio para la celebración del matrimonio, pues no da cabida a ejercitar acción legal alguna para exigir el cumplimiento de los mismos, pero sus efectos eran impedir otros esponsales y otro matrimonio. La evolución del derecho en la historia de Roma trae consigo modalidades diferentes para los esponsales pues al paso de los años se introdujo la costumbre de dejar una cantidad de dinero como garantía de que efectivamente se llevara a cabo el matrimonio, en caso de que éste no se realizara, el dinero dejado en garantía, servía como una especie de indemnización para el contrayente que no haya dado origen al incumplimiento.

Consecuencias del matrimonio

La celebración del matrimonio traía consigo varios efectos que repercutían en los cónyuges, sobre todo en la mujer, pues al contraer nupcias la mujer formaba parte

de la familia del marido, si dicho enlace se llevaba a cabo *cum manu* la esposa tenía la calidad de hija del marido y hermana de sus hijos si el marido era *sui iuris* y a la de una nieta estando el marido sometido a la potestad paterna, situación que extinguía de plano la relación con su familia. Si la mujer era *sui iuris* por el sólo hecho de casarse los bienes que detentara pasaban automáticamente al marido, la misma suerte seguían los bienes que ella adquiriera de manera posterior.

La mujer que hubiera contraído matrimonio *cum manu* a la muerte del marido concurría a la sucesión en calidad de *heredes sui*, entendiendo por este “los descendientes del de *cuius*, que estuvieran bajo su potestad al momento de su muerte”.²⁷

Con relación directa con los párrafos anteriores el autor Sabino Ventura Silva comenta que “el matrimonio in *manum*, fue una potestad doméstica que ejercía el marido sobre la mujer casada”.²⁸

Por el contrario, cuando se realizaba la *iustae nuptiae sine manu*, la mujer no se sujetaba a la potestad del marido, seguía siendo *sui iuris* o *aliene iuris* según la posición que detentará en su familia, con quienes sigue conservando su parentesco agnado. En cuanto a los bienes, éstos seguían siendo de la propiedad de la esposa, sin embargo, la administración de ellos la podía ejercer el marido si ella se lo encomendaba.

Tratándose de los hijos nacidos del matrimonio con arreglo a las leyes romanas, están sujetos a la potestad del padre, guardando un parentesco agnado con el padre y cognado con la madre.

²⁷ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 211.

²⁸ Ventura Silva, Sabino. Op. Cit. Pág. 113.

Ya en la etapa histórica de Augusto como emperador, se legislan algunas cuestiones del matrimonio, de manera especial en dos leyes, la Ley *Papia Poppaea* y la Ley *Lulia*, entre otras cosas señalaban que los matrimonios que no tuvieran hijos no pudieran gozar de los derechos otorgados mediante testamento, en cuyo caso esos derechos o bienes caducaban, por lo consiguiente pasaban a otros herederos, a este tipo de reglamentación se le denominó legislación *caducaria*.

Supuestos de disolución del vínculo matrimonial en la época de Justiniano.

Como lo hemos mencionado en párrafos anteriores de la presente tesis, la labor del emperador Justiniano tuvo gran trascendencia no sólo en el aspecto jurídico sino que rebaso los límites del ámbito político, religioso e incluso militar, pues tuvo la visión de modificar, crear y adaptar las normas de derecho reguladoras de la vida de los habitantes de Roma, es por esta razón que en el presente apartado sólo estudiaremos las formas de divorcio al momento en que Justiniano toma el Imperio.

1° La forma natural de disolver el matrimonio era la muerte de uno de los consortes.

2° Divorcio Por Mutuo Consentimiento: se presenta cuando ambos cónyuges toman la decisión de no seguir casados.

3° Divorcio por culpa de uno de los cónyuges: uno de los cónyuges tenía que fundamentar su petición de divorcio en alguna de las causas señaladas expresamente en la ley, lo que en la actualidad constituyen las causales de divorcio. Estos supuestos disolvían el matrimonio, pero el cónyuge culpable incurría en ciertas sanciones de carácter pecuniario. Al respecto podemos enunciar el hecho de que la mujer repudiara al esposo si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio, en la misma tesitura el consorte varón podía imputar el adulterio de la

mujer, hablará con extraños fuera del domicilio conyugal. “Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición”.²⁹

4° Divorcio por Declaración Unilateral: aparece la figura del *repudium* en la cual uno de los cónyuges de manera unilateral manifiesta su deseo de no querer continuar con el matrimonio, la legislación de esta época lo consideró como una razón fundada para terminar con la unión matrimonial, sin embargo, una vez concretado el divorcio se sancionaba al cónyuge promoverte con ciertas penas pecuniarias.

5° Divorcio *bona gratia*: la institución de matrimonio en Roma tenía dos objetivos principales, por un lado la vida en común de los contrayentes y por el otro, la procreación de los hijos, al no cumplirse este último por determinadas cuestiones como lo eran la impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas en un claro ejemplo de concordancia entre sus legislaciones se autorizaba la separación, ya que resultaba inútil la preservación del matrimonio como un medio de protección de la familia.

◆ Legitimación

Se puede ubicar su aparición en el Imperio con el emperador Constantino entre los años 325 al 327 d.c.

La Legitimación-comenta José Ignacio Morales- era un acto en virtud del cual un hijo nacido de concubinato adquiría la calidad, la condición y los efectos de un hijo legítimo, es decir, los hijos que no nacían en la familia de su padre podían formar parte de ella posteriormente por la legitimación. Los hijos de concubinato podían ser legitimados, porque en ese caso no había impedimento alguno para celebrar las *justas nupcias* o el legítimo matrimonio, solamente que ellos no cumplían

²⁹ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 68.

requisitos que el derecho civil había señalado para la celebración del matrimonio legítimo.³⁰

Desde el punto de vista de Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González la legitimación “es el procedimiento para establecer la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio”.³¹

Los procedimientos para lograr la legitimación eran:

1º Matrimonio subsiguiente: tenía lugar cuando el hombre procreaba hijos con una concubina y posteriormente celebraba con ella el matrimonio, sin embargo este procedimiento estaba sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos que a continuación menciono:

- Al momento de la concepción del hijo, el matrimonio entre el padre y la madre, no estuviera prohibido o impedido por una ley;
- El deseo expreso de transformar el concubinato en matrimonio legítimo;
- Los hijos debían aceptar la legitimación, pues en este caso si contaba la voluntad para ser sometido a la patria potestad.

2º Por oblación a la curia: fue creada por Teodosio II y Valentiniano III. Este procedimiento para acceder a la legitimación tal y como lo señala Sabino Ventura “permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarlo, ofreciéndolo en la curia de su villa natal si era hijo; siendo hija casándola con un decurión”.³²

³⁰ Ignacio Morales, José. Op.Cit. Pág. 179.

³¹ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 71.

³² Ventura Silva, Sabino. Op. Cit. Pág. 119.

El autor mencionado en el párrafo anterior nos explica de manera concisa que “estas curias formaban una especie de nobleza análoga a la del Senado Romano. En el imperio absoluto, los decuriones se encargaban de la recaudación de los impuestos, de modo que los emperadores ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresaba en la curia, exigiendo, además que el hijo tuviese una fortuna mobiliaria de 25 *fanejas* y una dote igual para la hija”.³³

El hijo varón que era legitimado ocupaba en la curia el puesto de decurión, para poder legitimar una hija era necesario casarla con un *decurión*.

Este tipo de legitimación provoca consecuencias jurídicas muy limitadas, por ejemplo el hijo legitimado se convertía en agnado de su padre pero se convertía en extraño de los parientes de éste.

3º Rescriptio del príncipe

La legitimación por este medio es la petición que hace el padre de hijos naturales al emperador solicitando la legitimación de éstos. Se debe cumplir con ciertos requisitos como son:

- La madre debe estar muerta, ausente o casada con otro;
- El padre no debe tener hijos legítimos;
- Que el matrimonio con la madre del hijo natural fuera imposible por un impedimento grave; y
- El hijo natural debía expresar su aceptación con el procedimiento.

³³ Loc. Cit.

De igual forma el padre podía solicitar la legitimación de los hijos naturales, por medio de testamento, quienes una vez legitimados se constituían como herederos de su padre.

◆ Adopción

José María Sainz Gómez define en su obra que la adopción “es una institución de derecho civil, por medio de la cual ingresaban a la familia, en virtud de un acto solemne, personas ajenas a ella, en calidad de hijos o nietos. Con objeto de evitar la extinción de la familia civil, ya sea por esterilidad de los cónyuges o por descendencia exclusivamente de tipo femenina, se configuró la adopción, cuya finalidad garantizaba la perpetuidad de la familia”.³⁴

El derecho romano distinguió dos clases de adopción:

- La adopción de un *sui iuris* o *paterfamilias* que se llama *adrogación*; y
- La adopción de una persona *alieni iuris* que era propiamente la adopción; y

Adrogación

Constituye la forma más antigua de adoptar, por lo cual podemos ubicar sus inicios en la monarquía de Roma.

Con referencia a la adrogación como una fuente de la patria potestad en el derecho romano, Sainz Gómez comenta que “consistía en el ingreso de un *paterfamilias* con todas las personas que se hallaban en su *domus*, incluyendo su patrimonio, al poder de otro *paterfamilias*”.³⁵

³⁴ Sainz Gómez, José María. Op. Cit. Págs., 187-188.

³⁵ Loc. cit.

Por la trascendencia e importancia de este acto el procedimiento para efectuarse era más severo y se sometía a distintas consideraciones, relacionados con aspectos políticos, religiosos y sociales. Lo anterior es comprensible en el entendido de que su consumación llevaba implícita la desaparición por completo de una familia.

Formalidades exigidas por la ley romana para la consumación de la Adrogatio

1° Comicios por curias: en la roma republicana, se exigía la aprobación de los comicios. Se debía notificar la intención de la adrogación a los pontífices, para que éstos realizaran una encuesta previa que recabara la información necesaria para saber si era apropiada o no, una vez verificada esta información eran convocados los comicios curiados. En éstos se votaba a favor o en contra de la *adrogación*, si la votación era positiva el *adrogado* renunciaba a su culto privado y pasaba a formar parte de la familia de su nuevo *pater*.

2° El Consentimiento de los 30 lictores: Por el desuso en el que cayeron los comicios por curias, se decidió que la adrogación estuviera a cargo de 30 lictores, éstos representaban a las 30 curias. Para la aprobación de la *adrogatio* se efectuaba una votación. “En una época indeterminada, los *cives romanos* dejaron de frecuentar los comicios por curias; se dejó de reunirlos y entonces la adrogación se hizo ante 30 lictores que representaban a las curias. No hubo más que un simulacro de votación”.³⁶

3° Autorización Imperial: ya en la época del Imperio se suprime los 30 lictores y es Diocleciano, quien decide que para consumir la adrogación, es suficiente con la autorización del emperador, así como el consentimiento de las partes, es decir, del *adrogado* y *adrogante*.

³⁶ Ventura Silva, Sabino. Op.Cit. Págs., 115 y 116.

Condiciones para realizar la adrogación

- El *adrogante* debía cumplir con una edad mínima de sesenta años o la imposibilidad de procrear;
- El *adrogante* debía tener 18 años más que el *adrogado*, o 36 si el *adrogado* iba a ser tomado como nieto;
- La finalidad de una causa lícita;
- La no existencia de hijos legítimos, naturales o adoptivos a los que pudiera perjudicar dicha adrogación; y
- El consentimiento de ambas partes.

Efectos de la Adrogación

- El *paterfamilias* adoptado perdía su calidad de *sui iuris* al sufrir una *capitis diminutio mínima*, convirtiéndose en *alieni iuris*;
- El *adrogado*, así como los hijos legítimos, naturales o adoptivos entraban bajo la patria potestad del *adrogante*;
- El *adrogante* adquiría todos los bienes del *adrogado*; y
- El *adrogado* forma parte de la familia civil del *adrogante*, en calidad de agnado.

En el derecho antiguo, es decir, en los primeros siglos de Roma estaba prohibida la *adrogación* de la mujer y el *sui iuris impúber*, ya que no contaba con la madurez necesaria para tomar una decisión de tal magnitud y era algo que según la legislación el tutor no podía decidir.

Ya en la época del imperio fue posible llevar a cabo la *adrogación* de los impúberes, a partir del emperador Antonino el Piadoso, el impúber pudo ser *adrogado*, por decreto del magistrado, previo dictamen de los pontífices y de un consejo de familia. Se debían cumplir una serie de garantías establecidas por la legislación para proteger los intereses patrimoniales del *adrogado*, tales requisitos son:

- Si el *adrogado* moría antes de llegar a la pubertad, el *adrogante* tenía que devolver el patrimonio a los parientes originales de éste;
- Cuando el *adrogado* llegue a la pubertad y no le es ventajosa, puede dirigirse al magistrado para romperla y recobrar con sus bienes la cualidad de *sui iuris*;
- Al recobrar su calidad de *sui iuris*, también recobra la administración y disponibilidad de sus bienes;
- En caso de ser desheredado por el *adrogante*, o en caso de ser emancipado, el *adrogado* recupera sus bienes originales; y
- En caso de desheredación el *adrogado* podía reclamar una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en caso de sucesión por vía legítima, a esta acción se le denominó *quarta antonina*.

En el caso de las mujeres, José Ignacio Morales refiere que “las mujeres no tenían potestad sobre sus hijos naturales; sin embargo, se permitió reemplazar por adopción a los hijos naturales que hubieran perdido”.³⁷

Adopción (*adoptio o datio adoptionem*)

En esta tesitura Guillermo Floris Margadant S. explica la adopción romana como “un procedimiento, por el cual el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el

³⁷ Ignacio Morales, José. Op.cit. Pág. 182.

filius familias de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello”.³⁸

En el derecho romano antiguo, la adopción se concretaba mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar; al término de cada venta el padre recuperaba la patria potestad de la persona que se intentaba adoptar; una vez concluida la tercera venta, el adoptante, demandaba ante el pretor la patria potestad de la persona por adoptar, como este proceso era ficticio, el antiguo *paterfamilias* demandado no se defendía, por lo tanto el magistrado declaraba fundada la acción del adoptante o actor en el proceso, llegando como resultado a la adopción del hijo.

En la época del emperador Justiniano, este declaró que no era necesario hacer tal procedimiento, pues bastaba con una declaración de ambos *paterfamilias* hecha ante el magistrado y que constara en un acta dicha adopción. La calidad que se le atribuía al hijo adoptado era de hijo, sobrino o nieto. Para poder adoptar Justiniano estableció determinadas condiciones:

- El adoptante debía tener, por lo menos, 18 años de edad más que el adoptado.
- Sólo se permitía la adopción a los ancianos mayores de sesenta años.
- El adoptante no debía tener hijos a los que perjudicara la adopción.
- Se impuso la prohibición de adoptar a los castrados, ni se podía adoptar por segunda vez a la misma persona, a quien, adoptado primeramente, fue luego emancipado o adoptado por otro.

³⁸ Floris Margadant, Guillermo. Op. Cit. Pág. 203.

Efectos de la adopción en relación al adoptado

- Al salir el adoptado de su familia original desaparecía su relación *agnática* con ella, por lo tanto perdía todo derecho de sucesión y conserva únicamente su cualidad de *cognado*; y
- El adoptado no tenía la seguridad jurídica de conservar los derechos que adquiriría a la herencia del adoptante, porque éste lo podía desheredar o emancipar, lo que provocaba la incertidumbre jurídica del adoptado, en virtud de privársele de todo derecho sucesorio *abintestato*.

Afirma José María Sainz Gómez, en su obra “Derecho Romano”, al tratar las clases de adopción que “Justiniano distinguió 2 clases: *la adoptio plena* y *la adoptio minus plena*. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado y produce los mismos efectos que la clásica, en términos que el *filiius* se desliga totalmente de su familia originaria; la segunda deja al adoptado bajo la potestad de su padre natural, y sólo se otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. Puesto que la *adoptio minus* plena no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar, por consuelo de la pérdida de sus hijos”.³⁹

Tomando como cimiento el criterio sustentado por dicho autor, considero necesario plantear los siguientes lineamientos:

Primero: en el caso de la adopción plena o *adoptio plena*, si bien es cierto el adoptado se desliga por completo de su familia originaria, igual de cierto es que como medio de protección para éste se otorga la patria potestad al adoptado, por consecuencia se le otorga el derecho sucesorio *abintestato*.

³⁹ Sainz Gómez, José María. Op.cit. Pág 191.

Segundo: hablando de la *adoptio minus plena*, el adoptado conserva intacto el derecho sucesorio “*abintestato*” de su familia original en caso de que hubiese una emancipación por parte del adoptante, además de adquirir un derecho sucesorio con relación al adoptante, no así con los parientes de éste.

1.1.7 Diversas figuras jurídicas de carácter marital que someten a la patria potestad

De acuerdo al avance en los temas de la presente tesis, hemos estudiado que la institución del matrimonio es por excelencia la unión marital que reguló el derecho romano como fuente de la patria potestad, sin embargo, existieron diversas figuras maritales que de igual forma sujetaban a la potestad, con consecuencias jurídicas menores comparadas con el matrimonio. Estas uniones lícitas son:

◆ Concubinatio

“Es una unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que éste es de carácter *monogámico* y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas lícitas”.⁴⁰

“Consistía en una unión de orden inferior, duradera y estable, entre hombre y mujer sin que existiera *afectio marital* para convertirse en marido y mujer”.⁴¹

Se puede considerar que el concubinatio se constituyó como una especie de matrimonio, consecuencia del impedimento de contraer nupcias por el diverso rango social que existía entre las personas o futuros cónyuges.

⁴⁰ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 73.

⁴¹ Sainz Gómez, José María. Op. Cit. Pág. 217.

El concubinato requería de ciertas condiciones para ser tomado en cuenta:

- Sólo estaba permitido entre personas púberes y solteras;
- Existía la prohibición entre personas que tuvieran algún grado de parentesco;
- Que sólo se tuviera una concubina;
- Deben tener capacidad sexual los contrayentes; y
- Estaba prohibido cuando existiera esposa legítima.

Los efectos del concubinato son:

- No produce efectos civiles;
- Los hijos seguían la condición de la madre y no del padre, por lo tanto éste no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos;
- Tenían un padre reconocido, pero en relación con él, recibían el título de hijos naturales;
- El concubinato no da origen a un régimen patrimonial; y
- A partir del Emperador Constantino, se reconoció un lazo natural con el padre y éste podía legitimarlos.

Se puede advertir claramente que el concubinato, aún cuando es una relación de carácter marital, no crea las mismas consecuencias jurídicas que el matrimonio en el derecho civil romano, ya que carece del elemento principal, el *afectio maritalis*.

Gracias a la notable influencia del cristianismo, el emperador Constantino, declara nulas las donaciones y legados efectuados a la concubina y a sus hijos. Para hacer desaparecer al concubinato crea la legitimación de los hijos por el matrimonio subsiguiente.

A lo largo de la historia de Roma las consecuencias en el derecho civil del concubinato van en aumento, pero nunca alcanzan el mismo nivel del matrimonio.

◆ **Contubernio**

Al respecto el autor José María Sainz Gómez- comenta- “consistía en una unión de hecho, entre una persona libre y un esclavo o esclavos entre sí”.⁴²

Esta unión no tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie, los hijos nacidos en tales circunstancias seguían la condición de la madre, no se reconoce ningún parentesco *agnático*, sino solamente un parentesco llamado *cognatio servilis*: este parentesco tenía como finalidad de que si por alguna causa el esclavo alcanzaba su libertad no pudiera celebrar una unión matrimonial entre parientes en primero grados, es decir, entre padres e hijos, hermanos y hermanas.

Esta unión no produce ningún efecto jurídico dado que para el derecho romano el esclavo no es considerado como un hombre sino en calidad de una cosa de la cual puede disponer otro libremente, no es sujeto de derecho sino un objeto.

◆ **Matrimonio *sine connubio***

Esta unión era considerada por los romanos como algo inferior a las justas nupcias pero de mayor relevancia que el concubinato. Este matrimonio lo celebraban entre personas que no tuvieran el *ius connubium*, o al menos una de

⁴² *Ibidem*. Pág. 220.

ellas no gozaba de esta capacidad, por ejemplo entre un ciudadano romano y una peregrina, o una latina, o entre dos peregrinos.

Los efectos producidos por el matrimonio *sine connubio* son:

- La mujer no obtenía el rango del marido;
- Los hijos nacidos de esta unión nacían *sui iuris*;
- Se guardaba un parentesco natural o cognaticio entre el hijo, la madre y los parientes maternos;
- El hijo siempre conservaba la calidad de peregrino;
- Se le aplicaba la institución de la dote; y
- Para su disolución se aplicaba el divorcio de las justas nupcias.

Esta institución perdió relevancia al pasar de la historia, sobre todo con la Constitución Antoniniana, cuando se otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio, por tal motivo disminuyó de manera considerable el número de personas que no gozaban del *ius connubium*.

1.1.8 Formas por las que se extingue la patria potestad

En vista de que el derecho romano se fundaba sobre el ejercicio del poder y del mando sobre su familia, concibió a la patria potestad como el poder riguroso y absoluto que el *paterfamilias* ejercía sobre sus descendientes con un carácter perpetuo. Contrario a lo anterior existían determinadas causas de carácter fortuito y causas por actos solemnes que ponen fin a la potestad del paternal, en este orden de ideas encontramos:

◆ *Causas de carácter fortuito*

- La muerte del *pater* o su *capitis deminutio* máxima o *capitis deminutio* media: la muerte del padre de familia traía como consecuencia que los hijos sometidos a su potestad quedaran automáticamente liberados, convirtiéndose en *sui iuris*, con la posibilidad real de formar una propia familia. Por lo que trata de la *capitis deminutio* máxima señala el estudioso romanista Román Iglesias González que “se daba cuando el individuo perdía su calidad de tal; perdía la libertad y quedaba reducido a la condición de esclavo, situación que llevaba implícita la pérdida de la ciudadanía y de su situación familiar. Tratándose de la *capitis deminutio* media nos dice que se sufría en caso de pérdida de la ciudadanía romana, circunstancia que implicaba también la pérdida del estado de familia”;⁴³
- Por la muerte del hijo o su *capitis deminutio* máxima o media: la muerte del hijo objeto de la patria potestad, hacía cesar ese poder por ser materialmente imposible;
- Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o en el derecho justiniano, funciones burocráticas; esta hipótesis aún cuando destruía la dependencia impuesta por la patria potestad, no extinguía los lazos *agnáticos*;
- Por exposición del hijo y prostitución de la hija; se daba por disposición judicial, como castigo del padre por vender al hijo en caso de crisis económica o prostituir a la hija;

⁴³ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op. Cit. Pág. 50.

- Por la celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre;
y
- Por casarse una hija *cum manu*.

◆ Excepciones:

- Si la patria potestad la sustentaba el abuelo, a la muerte de éste, sus nietos quedaban sujetos a la patria potestad de su padre, cuando éste estuviera bajo la potestad del fallecido, caso en el cual los nietos no se convierten en *sui iuris*, solamente si antes de verificarse la muerte del abuelo, el padre de éstos ya estuviera muerto o salido de la familia;
- En el caso de que el *paterfamilias* tuviera una *capitis deminutio* máxima, por causa de estar en cautiverio, la situación del hijo estará en suspenso mientras se resuelve esta situación pues si el padre escapa y regresa, se considera que la potestad paterna nunca ha sido interrumpida en virtud del *postliminium*;
- Cuando el hijo es quien tiene una *capitis deminutio* máxima, opera el *postliminium*, es decir, si el hijo estuvo prisionero pero se escapa y regresa se considera que la patria potestad jamás fue interrumpida.

◆ *Causas por actos solemnes*

- La Adopción del hijo o la *adrogatio* del *paterfamilias*; no resulta necesario vertir de nueva cuenta la información de estas instituciones romanas, en vista de que se hizo un estudio anterior de ellas;
- La emancipación: se puede definir como el acto solemne por medio del cual el *paterfamilias* renuncia a la potestad que tiene sobre sus hijos en

calidad de *alieni iuris*, con el objetivo de que se conviertan en *sui iuris*. Esta situación en principio fue más bien un castigo, ya que se rompía todo lazo *agnático* y por tanto el emancipado perdía todo derecho hereditario. En el derecho romano antiguo, no se contaba con una forma o medio para que se extinguiera la patria potestad, es por eso, que en la Ley de las XII Tablas se estableció que una tercera mancipación producía la liberación del hijo. En lo referente al procedimiento el autor José María Sainz Gómez nos explica en su obra “Derecho Romano”, “por este procedimiento el *pater* emancipaba a su hijo vendiéndolo ficticiamente por 3 veces (con los ritos de la *mancipatio*) a un amigo, que adquiría el compromiso de *manumitirlo*. La tercera manumisión determinaba la ruptura de la patria potestad, pero el tercero adquiría como consecuencia derechos de patrono, tutela y sucesión. Para evitar éstos, el amigo previamente se obligaba a través de un pacto de *fiducia* (pacto de venta ficticia) a reemanciparlo al *pater* para que éste lo *manumitiera*, adquiriendo los derechos de patrono, tutela y sucesión sobre el hijo emancipado”.⁴⁴ La emancipación traía consigo consecuencia negativas para el emancipado, quedaba excluido de su familia civil; perdía sus cualidades de agnado. Es a comienzo del principado cuando la legislación les otorga mejores condiciones, el pretor los llamó a la herencia del padre de familia, con los mismos derechos que si se encontrase bajo la potestad paterna, permite que el emancipado se quede en propiedad con todo lo que adquiere. Ya en la época de Justiniano se simplifica más el procedimiento de emancipación al autorizar al padre para emancipar al hijo con una sencilla declaración ante el magistrado.

⁴⁴ Op.cit. pág. 193.

1.1.9 *Mancipium y Manus*

◆ *Manus*

Esta institución en los primeros siglos de Roma se definió como el poder que tiene el hombre sobre la persona y bienes de su mujer, por lo tanto está íntimamente ligado al concepto de matrimonio, siempre se llevaba a cabo conjuntamente. La Ley de las XII Tablas constituye un parte aguas, ya que, a partir de esta legislación, el matrimonio podía contraerse *con manu o sine manu*.

1° Matrimonio *cum manu*:

La *manus*-manifiesta Martha Morineau Iduarte- “es la autoridad que tiene sobre una mujer casada, la cual es normalmente ejercida por el marido, pero si éste es una persona *alieni iuris*, la ejercerá la persona que tiene la patria potestad sobre él; es decir, su padre”.⁴⁵

La mujer ingresaba a la familia del marido en calidad de hija de familia, en el caso de que su marido fuera el *paterfamilias*, pero si el marido era *alieni iuris*, la mujer ocupaba el lugar de una nieta, de esta forma la esposa perdía todo lazo agnaticio de su familia natural y quedaba por derecho sujeta a la potestad de su nueva familia. Esta figura se podía extinguir de la misma forma en que se extinguía la patria potestad. “Esta incorporación de la mujer a la familia del marido fue denominada *conventio in manum*”.⁴⁶

El establecimiento de la *manus* podía celebrarse o adquirirse por tres procedimientos;

- *Usus*: Es el método más antiguo y se establece por el simple transcurso del tiempo. Se configuraba por la convivencia

⁴⁵ Op.cit.pág. 74.

⁴⁶ Sainz Gómez, José María. Op.cit. Pág. 195.

ininterrumpida del marido con su mujer durante un año. Una vez transcurrido este tiempo el marido tenía el derecho de ejercer la *manus*;

- *Confarreatio*: Es una ceremonia de carácter religioso tradicional que acompañaba al matrimonio, a la cual sólo tenían derecho los patricios. Esta ceremonia se celebraba ante el pontífice máximo y diez testigos, los contrayentes se decían mutuas declaraciones solemnes con motivo del matrimonio. La evolución del derecho, las costumbres y la entrada en vigor de la Ley *Canuleia*, que permitía el matrimonio entre patricios y plebeyos, hizo que esta figura cayera en desuso y sólo quedara como una ceremonia propia para el matrimonio de los sacerdotes;
- *Coemptio*: Era una venta ficticia de la mujer al marido, con la anuencia del paterfamilias de la esposa, si el esposo era un *alinei iuris*, también se necesitaba la asistencia del *paterfamilias* de la *domus* a la que ingresa. Para el caso de que la mujer fuera *sui iuris* y conforme a las reglas del derecho romano sujeta a tutela, el tutor es quien llevaba a cabo el simulacro de la venta. Igual que las otras figuras cayó en desuso por la evolución del derecho familiar.

Cuando procedía la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio, era necesario también disolver el procedimiento por el cual se había instituido la *manus*. En el caso de haber sido celebrado el matrimonio *cum manu por el usus*, bastaba que la mujer se alejara tres noches consecutivas del hogar conyugal. Si el matrimonio se había celebrado por medio de la *confarreatio*, éste se extinguía por una ceremonia llamada *diffarreatio*. Y por lo que refiere a la *coemptio*, se disolvía por una *remancipatio* de la esposa a un tercero.

El imperio absoluto y el abuso del marido en el ejercicio de la *manus*, trajeron como consecuencia la evolución social y la idea de una forma más libre para la vida en común de los esposos en el matrimonio.

2° Matrimonio *sine manu*

Al encontrarse en evidente desuso el matrimonio *cum manu*, los romanos se vieron en la necesidad de instituir el matrimonio *sine manu*. En éste el marido ya no ejercía ningún poder legal sobre la mujer, la cual seguía perteneciendo a su familia natural, el patrimonio de los esposos continuaba separado, es decir, la institución jurídica de la patria potestad del marido sobre la mujer, desapareció. Sin embargo, se consideró que la mujer debía ayudar al marido para el sostenimiento del hogar, para lo cual se entablo la dote.

◆ *Mancipium*

“Es una figura del derecho civil que consiste en la autoridad que puede ejercer hombre libre sobre otra persona también libre. Todo *paterfamilias* podía dar en *mancipium* a los hijos que estuviesen bajo su autoridad o bien a la mujer *in manu*”.⁴⁷

La *mancipium* tenía varios supuestos de aplicación, como son:

- En los primeros siglos de Roma, se podía mancipar un hijo por un precio determinado o como garantía de una deuda;
- La Ley de las Doce Tablas acotó el poder del *paterfamilias*, al señalar que un hijo mancipado tres veces quedaba fuera de la patria potestad paterna, convirtiendo al hijo en *sui iuris*;

⁴⁷ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Op.cit. Pág. 75.

- Cuando se trataba de un nieto o de una hija era suficiente su mancipación por dos veces, para quedar fuera de la autoridad paterna;
- En los casos de *abandono noxal*, es decir, si el hijo causaba daños y el *paterfamilias* no quería pagar esos desperfectos, entregaba al hijo en *mancipium*, por el tiempo necesario para reparar el daño ocasionado;

Aún cuando la situación jurídica del mancipado era similar a la del esclavo, la diferencia consistía en que el mancipado no perdía su libertad, pues ésta se encontraba limitada por la condición del tiempo determinado o una vez cubierta la deuda, motivo de la *mancipium*.

1.2 EN EL DERECHO GERMÁNICO.

El derecho alemán, era completamente diferente al derecho romano, la familia germánica es eminentemente de carácter patriarcal fundada sobre el *Munt* o *mundium*, esta figura constituye una equivalencia a la *manus romana*, bajo el *mundium* están sometidos todos los miembros de la comunidad doméstica. Al respecto comenta el autor Cossio “el padre es el único que tiene personalidad frente a la comunidad, siendo ante ella responsable en el plano civil y en el penal de todos los actos de las personas sometidas a su potestad. Naturalmente, tal poder se concibe también como absoluto, siquiera en los casos más graves, hubiera de acudir el padre al consejo de sus parientes.”⁴⁸

La postura alemana concibe a la patria potestad como derecho y obligaciones de carácter temporal.

⁴⁸ Cossio y Corral, Alfonso. Op. cit. Pág. 480.

Poco a poco la patria potestad germánica evoluciona a favor de los hijos, convirtiéndose ésta en una institución protectora de éstos, sin embargo este avance, no obsta para que en determinadas situaciones y casos excepcionales se permita el derecho de vida o muerte de los sujetos al *munt*.

A diferencia del derecho romano en el que los sujetos a la patria potestad no gozaban de la propiedad de los bienes, en el derecho alemán el hijo de familia gozaba de plena capacidad patrimonial, aún cuando al transcurrir de varios siglos el producto de su trabajo seguía perteneciendo al padre.

Por otro lado el hijo ostentaba en el concepto más amplio la propiedad de los bienes adquiridos por herencia de la madre o por donación. Quien tenía a su favor la patria potestad detentaba la administración y usufructo sobre los bienes del hijo, en este aspecto operaba el principio consagrado de que los bienes del hijo no deben crecer ni desaparecer. Lo que si podía realizar el padre era disponer de manera libre de los bienes muebles, pero cuando se trataba de los inmuebles, necesitaba del consentimiento del hijo. Como se puede observar la patria potestad germánica no era tan rígida, pues el padre sí era responsable de las conductas delictivas cometidas por los miembros de su familia sujetos a la patria potestad, a diferencia del derecho romano en que el *paterfamilias* podía eludir esta responsabilidad con el abandono noxal del *alieni iuris* ya sea por una deuda o por un daño ocasionado por éste, en el derecho alemán no se podía liberar el padre por el abandono o entrega del hijo.

En el caso del hijo la potestad terminaba al momento en el que éste comenzaba su vida económica de manera independiente, en el caso de la hija cuando ella contraía nupcias, siempre y cuando hubiera mediado el consentimiento del padre. En oposición a la familia romana, en este régimen legal la madre si podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.

En este aspecto tiene relevancia la intervención de la madre, pues como lo plantea Del Carril en su obra, “existen dos situaciones: a) En las relaciones con el exterior, el padre es normalmente el portavoz jurídico del grupo familiar y por ende de la patria potestad; b) En el interior del grupo cuando se plantea una cuestión que interesa al bien común de la familia, la portavoz es la mujer; sin perjuicio de reconocerse al marido y padre que no comprende las decisiones arbitrarias e inmotivadas que constituyan un abuso en el derecho”.⁴⁹

La disolución de la patria potestad no extingue necesariamente a la comunidad familiar. Las nupcias por segunda ocasión, producían la disolución de la comunidad familiar, es hasta los años 1400 y 1600 d.c. cuando se crea una nueva legislación, en virtud de un pacto entre los familiares del primer matrimonio y los nuevos, por el cual se consolidaba una comunidad familiar en la que tenían participación los nuevos cónyuges, con la garantía de igualdad de trato entre los hijos del primer matrimonio con los nacidos en el segundo.

1.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Dentro de este tema haremos hincapié en las leyes y fueros más importantes que regularon la patria potestad.

La Ley de partidas en el título XVII partida IV, se ocupa de la patria potestad, a este punto establece el autor León Gabriel, que la patria potestad “es poder y señorío que han los padres sobre los hijos”.⁵⁰

El poder encerrado en la definición es el ligamento de castigamiento del padre sobre su hijo. La patria potestad según la ley primera se extiende a los nietos y a todos los que descienden por línea recta, no la puede tener la madre señala la ley

⁴⁹ López del Carril, Julio. *“Derecho de Familia”*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1984. Pág. 330.

⁵⁰ León, Gabriel. *“Antecedentes y Evolución de la patria potestad en la legislación mexicana”*. Editorial. Escuela Libre de Derecho. México D.F. 1949. Pág. 16

segunda. Sólo están sujetos a la patria potestad los hijos nacidos de legítimos matrimonios, pues ni los naturales, ni los incestuosos son dignos de ser llamados hijos porque son engendros en gran pecado.

Esta Ley llega incluso a conceder al padre el derecho a devorar al hijo, cuando estuviere cercado en castillo y en gran necesidad. De igual forma le otorga el derecho de vender al hijo porque no muera el uno y el otro.

Con una influencia marcada del derecho romano, el español, continuó con el principio de negar la patria potestad a la madre.

Las partidas limitaron en gran medida el poder del padre sobre los sujetos a la patria potestad, sentando la regla de que el poder paterno ha de ejercerse con piedad, con moderación y mesura, sancionando al padre con la pérdida de la patria potestad si castigaba al hijo con crueldad.

Otra importante obra legislativa era el ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 d.c. que está inspirado en el derecho romano y canónico, la patria potestad permite a los padres castigar a sus hijos aún con la cárcel, pero nunca con castigos crueles y peligrosos. Les niega toda facultad sobre la vida de ellos, así como también el derecho de venderlos; también pueden los padres desheredar a los hijos, siempre y cuando intervenga la opinión del Consejo establecido para este caso.

En este monumento jurídico se observa claramente una tendencia de evolución a la mejora de las condiciones de los sujetos a la patria potestad, ya que se empiezan a preocupar más por los hijos, repudiando de manera expresa el propinamiento de castigos severos.

El padre que matara al hijo cometía un delito capital, de acuerdo al Fuero Juzgo, además declaraba esta legislación, para el caso de la venta de un hijo, la venta

sería nula y el precio pactado por la celebración de dicho acto se perdía en perjuicio del comprador.

El Fuero de Burgos, impuso como medida de protección de la patria potestad, que los hijos tenían el derecho de querellarse contra los padres por los maltratos graves recibido por éstos.

“Los padres recibían la tenencia, posesión y el usufructo de todos los bienes que habían de partir con la herencia y sus hermanos”.⁵¹

Es importante subrayar que tanto en las partidas, como en el ordenamiento de Alcalá, en los fueros y las leyes, existen todavía vestigios de la vieja institución romana de la patria potestad, sobre todo en las partidas, en donde se conserva el espíritu rígido del padre hacia el hijo, finalmente dentro de los fueros desaparecen los grandes castigos y sobre todo la adquisición por la mujer de la patria potestad.

La legislación española, dada la evolución del derecho, impone al padre la obligación de criar a su hijo, proveyendo de alimentos, vestido, educación moral y religiosa; durante los tres primeros años del niño la obligación de crianza es de la madre, de la misma forma cuando ésta era rica y el padre de escasos recursos.

En tratándose de los hijos legítimos o naturales, corresponde la obligación de crianza al padre y a los ascendientes por ambas líneas; por otro lado, los hijos ilegítimos sólo están a cargo de la madre y los ascendientes por esa línea.

El padre conserva el derecho sobre los bienes del hijo, estableciendo una división similar a la legislación de Roma, estos bienes son:

⁵¹ Cossio y Corral, Alfonso. Op. cit. Pág. 481.

- Proficticios: son los adquiridos por los hijos con el dinero o bienes de los padres, por lo tanto la propiedad, la posesión y el usufructo corresponde al padre, se puede argumentar que el hijo sólo detenta la administración de los bienes del padre;
- Advinticios: este tipo de bienes son adquiridos por el hijo con su industria, por donación o herencia de su madre, ascendientes o extraños o por el don de la fortuna. En éstos el usufructo pertenece al padre pero la propiedad la sigue conservando el hijo;
- Castrenses: sobre estos bienes el hijo ejercía el derecho pleno de propiedad, usufructo y posesión, gozaban de la libre disposición de los mismos y son adjudicados por los servicios prestados en el servicio militar o en la Corte del Rey.

Para el autor Esquivel Obregón, “la Patria Potestad, se acaba por siete causas:

- Por muerte de quien la ejercía;
- Por muerte civil del mismo, a consecuencia de una condena de trabajos forzosos de por vida, o destierro con confiscación de bienes, lo que se llamaba deportación, a diferencia del destierro sin confiscación ni pérdida de dignidades;
- Por estar el padre bandido o encartado; es decir, que habiendo sido condenado a ser deportado o relegado, se hallaba prófugo;
- Por incesto o por haber contraído matrimonio con parienta, sin haber obtenido licencia;

- Por haber obtenido el hijo alguna gran dignidad de las que, conforme a la ley traían la emancipación;
- Por casarse; y
- Por emancipación”.⁵²

1.4 EN EL DERECHO FRANCÉS.

La influencia considerable que tuvo la Revolución Francesa, logró no sólo el desenvolvimiento jurídico de Francia, sino de varios países europeos y de otros continentes en el ámbito del derecho.

Se puede hablar de dos momentos y regiones diferentes en la misma Francia. En las regiones del sur de Francia se opta por conservar la rigurosa e inflexible patria potestad del Derecho Romano. Aquí, la institución de la patria potestad se instauró como el poder absoluto del padre, ya que era un derecho exclusivo del padre, era por tiempo indefinido y los hijos no podían adquirir ningún bien.

Fue distinta la regulación de la patria potestad en los lugares donde se adoptó el derecho consuetudinario, inspiración de esto fue el Código Francés promulgado el 21 de marzo de 1804, conocido también como el Código de Napoleón, constituye una de las obras más importantes de Codificación del Derecho Civil, es una síntesis del antiguo derecho consuetudinario Francés, del derecho romano y del derecho revolucionario.

Respecto de la división del Código Civil Francés-apunta Magallón Ibarra “se divide en tres libros. El primero de sus libros se intitula “De las personas” (artículos 7 al 515); el segundo “de los bienes y de las Diferentes Modificaciones de la

⁵² Obregón T., Esquivel. *“Apuntes para la historia del Derecho Mexicano”*. Editorial Porrúa. México D.F. 1984. Pág. 594

Propiedad” (artículos 516 al 710) y el tercero “De las Diferentes maneras en que se adquiere la Propiedad” (artículos 711 al 2281)”.⁵³

Por lo que trata al estudio del ordenamiento napoleónico en cuanto a la patria potestad, su legislación, se encuentra en el libro primero “De las persona” abarca diecisiete artículos, del 371 al 387, establecidos en el título noveno de éste Código. En los primeros trece artículos puntualiza las generalidades sobre las cuales opera la patria potestad, es decir, de los derechos y obligaciones que tienen los padres hacia con sus hijos; en los artículos restantes versa de los derechos que detentan los ascendientes en los bienes de los hijos.

La patria potestad Francesa se conforma por un conjunto de derechos y obligaciones a cargo del padre y de la madre, tendientes a satisfacer las necesidades básicas de los hijos, como son, la educación, protección, manutención, orientación moral, profesional e intelectual, así como el derecho de consentir su matrimonio. Reconoce que los únicos poseedores de ese derecho son los padres y se niega de manera categórica la intromisión del Estado en tales cuestiones.

La patria potestad- enseña Marcel Planiol- “es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo”.⁵⁴

Para la legislación francesa, uno de los supuestos de caducidad de la patria potestad, es decir, de la pérdida de la patria potestad, tenía lugar cuando los padres favorecían o propiciaban el libertinaje habitual de los hijos.

⁵³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *“Instituciones de Derecho Civil Tomo I”*. Editorial Porrúa. México D.F. 1998. Pág. 63.

⁵⁴ “Tratado Elemental de Derecho Civil, Divorcio, Filiación, Incapacidades”. Traducción de la 12° edición francesa por José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946. Pág 251.

En el derecho del Código Civil Francés no se considera a la patria potestad únicamente como un derecho de los padres sobre los hijos y los bienes de éstos, por el contrario, supone una verdadera obligación de los primeros, que tiene como objetivo primordial la educación del hijo menor de edad.

Bajo el amparo de este Código, se concibe a la patria potestad, como un organismo de representación, de los hijos menores, no emancipados.

“La patria potestad constituye un poder de protección y las prerrogativas que confieren al padre y a la madre sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que le impone el hecho de la procreación. No sin intención emplean los redactores del Código la palabra autoridad con preferencia a la de potestad que no se encuentra más que en la rúbrica del título consagrado a la institución”.⁵⁵

Es evidente que la protección de los hijos proclamada en este código obedece al movimiento humanista de la ilustración, se cambia la perspectiva de castigarlos de manera cruel por el derecho de corrección, ya no se les ve como un simple objeto del cual era propietario el padre sino como un ser humano que goza y es titular de derechos tendientes a obtener su sano desarrollo tanto físico como emocional.

1.5 ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO.

Para obtener resultados más satisfactorios en cuanto al estudio del derecho mexicano, considero necesario remontarnos a las fuentes históricas y por ende a las leyes de carácter civil que desde antes de la llegada de los españoles hasta nuestros días han regulado nuestra vida cotidiana.

La historia del Derecho en México puede dividirse para su estudio en tres grandes etapas:

⁵⁵ Colin, Ambroise, Y Capitant, Henri, cit., Magallón Ibarra, Jorge Mario. Op. cit. Pág. 525.

- ◆ Época precortesiana;
- ◆ Época colonial; y
- ◆ Época Independiente.

Cada una de estas etapas de naturaleza histórica presenta una relación íntima entre sí, tal y como comenta Alfredo Domínguez en su obra “no es factible dividir la historia del Derecho Civil en dos etapas, sin relación alguna con las mencionadas en el párrafo anterior, pues aquéllas se refieren a todos los ángulos de observación de una disciplina jurídica. Las dos etapas respecto del material legislativo de contenido civil son una primera época, cuyo punto de partida son las fuentes más remotas conocidas de disposiciones civiles vigentes, hasta la culminación de los esfuerzos realizados respecto del proceso de codificación en la República, él cual rindió frutos con el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, conocido precisamente como el Código de 70; la segunda etapa por su parte, se desplaza por todo el Derecho Civil codificado, es decir, su inicio se fija en 1870 con la vigencia del ordenamiento señalado y la estamos viviendo desde entonces”.⁵⁶

El análisis de la historia sirve de base fundamental, para que los estudiantes adquiramos una visión histórica de nuestro país en materia jurídica referente al tema que en esta tesis se trata, para que observemos los múltiples cambios sociales que ha sufrido nuestro México en relación a la patria potestad, pues ésta, se transforma y se adapta obedeciendo a las costumbres y necesidades que la sociedad requiere.

⁵⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *“Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez”*. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1996. Pág. 51.

1.5.1 **Época Precortesiana.**

En esta etapa, se han descubierto ricas fuentes de conocimiento que demuestran el desarrollo al cual llegó la organización jurídico-política de nuestros pueblos.

Tratándose de culturas prehispánicas, el derecho de los aztecas constituye en sí mismo uno de los más importantes y al cual haremos referencia en este apartado, esto se debe a que fue el pueblo neolítico con mayor número de fuentes jurídicas de carácter civil y por el predominio ejercido por los aztecas sobre otros pueblos. Sin embargo, como el derecho y la religión estaban íntimamente ligados y su base era la costumbre, no había necesidad de legislar por escrito, motivo por el cual, solo quedaron vestigios y datos aislados.

El derecho azteca encuentra sus bases en la costumbre, las sentencias del tlatoani y las sentencias de los jueces. El tlatoani y los jueces al decidir sobre una controversia presentada ante ellos, formaban algo parecido a lo que hoy conocemos como jurisprudencia, dichas decisiones debían acatarse para casos que presentaran las mismas condiciones, en esa tesitura, las sentencias civiles se consideraban como una ley aplicable fielmente a casos posteriores.

El derecho familiar estaba fijado por las costumbres y tradiciones. La formación de la familia era eminentemente patriarcal, el varón ejercía la patria potestad sobre la mujer y los hijos.

El hombre era el jefe de familia, pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con la mujer. El hombre educaba y gozaba del derecho a educar a los hijos varones, la mujer por el contrario solo se hacía cargo de las mujeres. “Para castigar a los hijos, los padres podían usar 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”.⁵⁷

La patria potestad implicaba el derecho de vender a los hijos como esclavos cuando era por causa de su pobreza y por lo tanto no podía mantenerlos, pero no el de disponer arbitrariamente de sus vidas.

En caso de que nacieran gemelos, el padre podía matar a uno porque se consideraba a tal hecho como un indicio de que alguno de los padres desaparecería.

También los hijos podían ser sacrificados en tiempos de hambre, malas cosechas o cuando moría el rey, y mataban a los niños que nacían en cualquiera de los días llamados *nemontemi* (*cinco días complementarios del año*).

Los hijos varones ya fueran de la clase noble o de la clase media debían vivir bajo el mismo techo que sus padres, hasta que cumplieran los quince años, en este tiempo eran educados única y exclusivamente por los padres. Pasado este tiempo, eran entregados para la continuación de sus estudios al Calmecac o al Telpochcalli, sus estudios duraban alrededor de cinco años, término en el cual sus padres preparaban el matrimonio. Recordemos la facultad otorgada al padre de familia de casar a sus hijos, pues se requería del consentimiento de él para la celebración del matrimonio.

A este respecto- puntualiza Guillermo Floris Margadant- “como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de veintidós o hijas mayores de dieciocho años, es de suponer que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente”.⁵⁸ El soltero después de esta edad no era considerado un

⁵⁷ Ibídem. Pág. 55

⁵⁸ Op.cit. pág. 33

miembro útil desde el punto de vista social y se le repudiaba e inclusive era obligado a abandonar una población.

En caso de divorcio, el padre seguía conservando la patria potestad de los hijos varones, las hijas pertenecían a la madre.

Gracias a la poca información que se posee del derecho azteca se puede señalar que existían dos modos de terminar la patria potestad en vida del padre y era el matrimonio del hijo o de la hija y la elevación del hijo a las grandes dignidades militares, religiosas o civiles.

La muerte del padre traía como consecuencia que los hijos quedaran bajo la potestad del tío paterno que se casaba con la madre, o del hermano mayor, o del miembro de la familia más respetado.

La invasión española trajo consigo un nuevo ordenamiento legal impuesto a los pueblos precortesianos, contrario a lo que se pueda pensar permitió continuar con algunas costumbres y leyes indígenas vigentes antes de la invasión, siempre que no fueran contradictorias contra la religión católica o las Leyes de Indias.

Por otro lado, la influencia del derecho precortesiano se volvió obsoleta y casi nula en el México Independiente.

1.5.2 México Colonial.

Una vez efectuada la invasión de los españoles sobre los pueblos precortesianos, surgió un choque entre dos corrientes, por un lado un régimen jurídico rudimentario de carácter predominantemente azteca, por el otro, el derecho español con raíces romanas, germánicas y canónicas. Esto trajo como consecuencia que disposiciones jurídicas con vigencia en España se aplicaran en el reino conquistado.

El sistema jurídico, político y religioso de los mexicas, de los pueblos sometidos por éstos y de los aliados de Cortés sufrió un cambio fundamental. El proceso de fusión de ambas culturas no fue nada fácil, pues los españoles quisieron implantar las condiciones existentes en Europa, sin llegar a lograrlo, toda vez que los elementos que se presentaban en América diferían en mucho de España, aunado a las resistencias indígenas por no ser conquistados. Lejos de implantarse su sistema, se produjo una nueva sociedad con características y cultura propia.

El derecho que regula la colonia está compuesto por la legislación expedida por las autoridades peninsulares españolas, para que sea aplicable en la Nueva España, este derecho se ve complementado por las disposiciones indígenas que no se oponían al sistema legal de la corona, a la religión o al derecho castellano.

El origen de la legislación en la Nueva España era la corona, y la ratificación por ella era de suma importancia para toda medida proveniente de los virreyes, audiencias, gobernadores, ciudades, etcétera.

Los ordenamientos legales con observancia en el territorio conquistado, pueden clasificarse en tres grupos;

- Leyes creadas exclusivamente para aplicarse en el virreinato de la Nueva España, a iniciativa de Hernán Cortes. Derecho que careció de manera evidente con un contenido de derecho privado;
- La Legislación de Indias de 1680, consta de nueve libros, subdivididos en 218 títulos, contiene aproximadamente seis mil cuatrocientas leyes. En esta ley no existe una sistematización ideal y suele haber confusión entre las materias de cada libro. Fueron elaboradas con muy poco contenido de derecho privado;

- Los ordenamientos legales vigentes en la Nueva España, tenían aplicación de supletoria, para cuando las Leyes de Indias fueran omisas, por lo tanto como esta Ley carecía en sentido amplio de derecho privado, estos ordenamientos fueron los de mayor aplicación en lo concerniente a ello.

En las Leyes de Indias hallamos sobre todo derecho público, en cuanto al derecho privado en la Nueva España, es menester acudir al derecho de la madre patria, sobre todo en las Siete Partidas.

Las Siete Partidas señalan textualmente, tal como lo cita Galindo Garfias: *“Piedad e debba natural deuen mouer a los padres, para criar a los fijos, dándoles e faziendoles lo que es menester, segund su poder. E estos se deuen mouer por debdo natural. Casi las bestias que no han razón ni entendimiento aman naturalmente e crían sus fijos, muchos más los deuen fazer los omes que han entedimiento e sentido sobre todas las otras cosas”*.⁵⁹

Por lo que trata a nuestro tema de estudio, la patria potestad se regulo a través de leyes vigentes en España, tales como: Leyes de Toro, la Nueva y Novísima Recopilación, el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros Municipales y finalmente las Siete Partidas.

La patria potestad sigue siendo ejercida por el padre, sobre los hijos y la esposa; los hijos debían contar con el consentimiento del jefe de familia para poder contraer matrimonio, de otro modo no podía llevarse a cabo.

El matrimonio constituye una fuente de la patria potestad en el derecho colonial. En las Leyes de Indias los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio la autorización del padre, en su defecto de la madre, a falta de éstos, de los abuelos o de los parientes más cercanos, si el menor no contaba con

⁵⁹ Partida IV, Título XIX, Proemio. Cit. Galindo Garfias, Ignacio. “ *Primer Curso de Derecho Civil*”.pág. 670.

ninguno de estos parientes, de los tutores, debiendo en este último caso obtener la aprobación judicial. Las nupcias que se contrajeran sin el permiso del padre o la licencia judicial no producían efectos civiles, por lo tanto no gozaban de los derechos de familia.

1.5.3 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

Aún cuando México se había liberado de la corona Española gracias a la independencia iniciada en 1810 y culminada en 1821, las legislaciones en vigor durante el período colonial seguían normando la vida cotidiana de los mexicanos. Nuestro país conservó como estructura principal del derecho privado las Siete Partidas Españolas.

Ante esta situación se llevaron a cabo los primero intentos de codificación en todas las materias, sin embargo, para el estudio de la patria potestad que hoy nos ocupa, pondremos especial atención a las compilaciones más importantes de carácter privado que se han alcanzado en el México Independiente.

Los primeros esfuerzos codificadores en materia civil de las naciones independientes siguieron el modelo del Código Civil Francés.

Al respecto- nos enseña Oscar Cruz Barney- al referirse a la codificación de derecho- que es un proceso iniciado en el siglo XVIII y desarrollado a plenitud en el XIX, que lleva a la supresión de las estructuras jurídicas del antiguo régimen basado en el *ius commune*, sustituyéndole por un nuevo régimen jurídico. Se inicia con el humanismo y prosigue con el *ius naturalismo racionalista*. Se debe tener claro que la codificación no significó innovación en los contenidos del derecho, pero sí de sus modos de creación, conservación, manifestación y fijación.⁶⁰

⁶⁰ Cruz Barney, Oscar. “*Historia del Derecho en México*”. Editorial Oxford. Segunda edición. México. 2004. Pág. 703.

El primer Código Civil fue el de Oaxaca de 1827 a 1828.

El gobierno del Presidente Juárez encargo al doctor Justo Sierra la preparación de un Proyecto de Código Civil, que fue el antecedente del de 1870. Por desgracia durante la elaboración del Código tiene lugar la intervención Francesa, continuándose con los trabajos bajo el imperio de Maximiliano, quien llego a promulgar los dos primero libros, los cuales no tuvieron vigencia como consecuencia inmediata de la caída del régimen imperialista.

Una vez restaurada la República de nueva cuenta, tuvo lugar una comisión integrada por los licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel Y Duarte y Rafael Dondé, quienes finalizaron el trabajo apoyándose en el trabajo elaborado anteriormente por Justo Sierra y el Código Civil del Imperio Mexicano. El 15 de enero de 1870 esta comisión, envió al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública el proyecto del Código Civil.

El primer Código Civil fue promulgado el 13 de diciembre de 1870, bajo el título de “Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California”, iniciando su vigencia el 1° de marzo de 1871.

Debemos mencionar que las fuentes que dieron origen al Código de 1870, de acuerdo con Jorge Alfredo Domínguez en su obra Derecho Civil – es el proyecto citado de Don Justo Sierra el que a su vez, como dijimos, tuvo como fuentes en primerísimo término al Código Napoleón, a los principios de Derecho Romano y a los Códigos de Cardeña, Austria, Holanda y Portugal, así como el proyecto de García Goyena”.⁶¹

Tal como lo apunta Manuel F. Chávez Ascencio, la entrada en vigor del Código Civil de 1870 expresamente deroga toda la legislación anterior”.⁶²

⁶¹ Op.cit. Pág. 63

⁶² Chávez Ascencio, Manuel F. “*La Familia en el Derecho*”. Edición 5°. Editorial Porrúa. México 1999. Pág. 74.

Este libro está integrado por 4,126 artículos, un título preliminar y cuatro libros divididos de la siguiente forma:

- El primer libro comprende del artículo 22 al 277, intitulado “De las Personas”;
- El libro segundo abarca del artículo 778 al 1387, denominado “De los bienes, la propiedad y sus modificaciones”;
- El tercer libro regulado por los preceptos legales del 1388 al 3363, titulado “De los Contratos”; y
- Por último el cuarto libro “De las sucesiones” compuesto por los artículos 3364 al 4126.

El tema de la patria potestad, que aborda el presente trabajo se encuentra en los lineamiento del libro primero, “De las personas”, título octavo, capítulo I, II y III, de los artículos 389 al 429 del Código Civil de 1870.

“En un sentido estricto, la patria potestad es el derecho que tienen los padres, es decir el padre y la madre de educar a sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes. En consecuencia, la patria potestad consiste en el ejercicio de los siguientes derechos:

- 1° El derecho de educar a los hijos:
- 2° El derecho de vigilarlos y corregirlos:
- 3° El derecho de administrar sus bienes”.⁶³

⁶³ Mateos Alarcón, Manuel. “ *Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal. Tomo I*”. Edición Facsimilar. México D.F. 1992. Pág 272.

El comentario vertido en el párrafo anterior guarda una íntima relación con el artículo 389, ya que puede ser el punto de partida, de lo que en ese tiempo se entendió por la patria potestad, pues únicamente establece el deber a cargo de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, que los hijos menores de edad están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes les otorga su ejercicio la ley.

De manera subsecuente en los artículos 390 y 391 del mismo ordenamiento dice que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes del hijo no emancipado, ya sea legítimos, legitimado o reconocido.

Confirió el ejercicio de la patria potestad al padre en exclusiva y a falta de éste la ejercía la madre. En tercer lugar por el abuelo paterno, en cuarto lugar por el abuelo materno, en quinto por la abuela materna y por último por la abuela materna. Esto disponía en el artículo 392 en sus distintas fracciones. Como puede verse la importancia del varón para el ejercicio de esta prerrogativa, pues como se aprecia en todos los casos primero tiene derecho a ejercerla el varón y de manera secundaria la mujer, ya que ésta representaba para la legislación la belleza, la abnegación, la ternura y la obediencia al marido, porque era él quien la defendía y apoyaba, de no hacer lo anterior provocaría la irritabilidad y dureza del hombre. Con esto la mujer es dejada plasmada en un plano secundario y el jefe de la familia es el hombre.

A diferencia de la actual legislación civil en materia de la patria potestad, ésta con fundamento en el artículo 424 del Código Civil de 1870 si era renunciable, sin embargo, el que renunciaba al desempeño de este derecho no podía recobrarlo, esto solo aplicaba para la madre, abuelos o abuelas, tal y como lo estipulaba el artículo 425.

Una prueba más de que el poder del padre dentro del ejercicio de la patria potestad es desmesurado, en comparación con la madre, es el derecho

perteneciente al padre de poder nombrar en su testamento uno o varios consultores, para que a su muerte elaboren un dictamen con las directrices necesaria de cómo se ejercerá la patria potestad, este dictamen debe ser acatado en su totalidad por la madre, pero si ésta no lo cumpliere corre el riesgo de perder el ejercicio de la potestad, de por sí ya es limitado.

Modos de Adquirir la Patria Potestad.

La potestad se adquiere:

- Por el matrimonio celebrado legalmente;
- Por la legitimación;
- Por el reconocimiento voluntario de los hijos naturales, siguiendo el procedimiento que consigna la ley:
- Por sentencia judicial.

Características de la Patria Potestad.

- Pertenece no solamente al padre, sino también a la madre, aún cuando ésta no se halle en su ejercicio;
- Carece de sanción civil, por ser una norma imperfecta, constituye un precepto moral;
- Los hijos sujetos a la patria potestad tienen el deber de vivir bajo el mismo techo de quien detenta la patria potestad (artículo 394);
- Impone al padre el deber de educar, alimentar, proporcionarle al hijo una educación primaria, oficio, arte o profesión honesta (artículo 395);

- De la misma forma en que impone obligaciones al padre o a quien ejerza la patria potestad, le proporciona los medios necesarios para cumplir dicho encargo, otorgando el derecho de corregir y castigar de manera mesurada a sus hijos (artículos 395 al 398);
- Los hijos que están bajo la patria potestad no cuentan con la capacidad para comparecer a juicio u obligaciones sin el consentimiento del padre (artículo 398);
- El padre es el legítimo representante del menor y el administrador legal de los bienes que son de los hijos (artículo 400).

Terminación, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad.

Antes de comenzar con el presente apartado, es menester puntualizar cada uno de los conceptos antes referidos, porque aún cuando tienen como fin el cese de la potestad sobre los hijos, su origen y concepto son muy diferentes. Al respecto Manuel Mateos Alarcón nos enseña en su obra:

“Se dice que se acaba, cuando las leyes le ponen término en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, naturales ó provenientes del padre, pero lícitos y honestos:

Se dice que pierde, cuando la ley dispone que el padre quede privado de ella por la comisión de algún delito o por su falta en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos:

Se suspende, cuando no la puede ejercer el padre en virtud de alguna incapacidad, o por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión de la patria potestad”.⁶⁴

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 289.

De acuerdo con el artículo 415 del Código Civil de 1870, la patria potestad se acaba:

- a) Por la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga;
- b) Por la emancipación; y
- c) Por la mayoría de edad.

La patria potestad se pierde, en los siguientes casos:

- a) Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho; y
- b) En los casos de divorcio, cuando el padre es culpable, o cuando lo son los dos cónyuges y cuando aquél es el que da causa al divorcio;
- c) El segundo matrimonio contraído por la madre o la abuela; y
- d) La conducta inmoral de una y otra, acreditada por dar a luz a un hijo ilegítimo.

Por último se suspende la patria potestad:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente, en los siguientes casos:
 - Cuando el padre está privado de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad; y
 - Cuando es sordomudo y no sabe leer ni escribir.

- b) Por prodigalidad del padre;
- c) Por ausencia declarada en forma; y
- d) Por sentencia condenatoria, que imponga como pena la suspensión de la patria potestad.

Concluimos que en esta etapa de la evolución del derecho mexicano, la institución de la patria potestad, es predominantemente masculina, colocando a la mujer en un estado secundario y de desventaja en relación con el hombre, empero esto sigue los lineamientos preponderantes de ese tiempo, donde la mujer por ridículo que nos pueda parecer en la actualidad, es un ser abnegado y deudor de obediencia al marido.

1.5.4 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

Transcurridos trece años de la entrada en vigor del Código Civil de 1870, se consideró su revisión. Esto motivó la elaboración de una nueva compilación jurídica de carácter privado.

El presidente Manuel González promulgó el 31 de marzo de 1884 el nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California e inició su vigencia el 1° de junio de 1884. Se compone de 3,823 artículos, el mismo título preliminar y los cuatro libros. Continúa con los mismos parámetros del Código anterior, a este respecto comenta Jorge Alfredo Domínguez que “en realidad, los códigos de 70 y el de 84 tuvieron una misma regulación; sus disposiciones se mantuvieron con el sustento de los mismos principios desde el inicio de vigencia del primer ordenamiento, hasta la derogación del segundo en lo referente a la familia, cuando

en 1917 dio comienzo la fuerza obligatoria de la Ley Sobre Relaciones Familiares”.⁶⁵

La única modificación básica es que deroga la obligación de hacer testamento, cambiándola por una libre testamentificación.

Esta obra de derecho privado transcribe los artículos que integran el título de la patria potestad del Código de 1870. Excluye como causa de suspensión de la patria potestad el caso del hijo pródigo administrador de bienes.

La vida jurídica de este código duró hasta el 30 de septiembre de 1932. Este cuerpo de leyes sufre dos derogaciones de trascendencia y que una de ellas será motivo de la presente tesis: la primera la Ley de Divorcio Vincular y la segunda a causa de la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que derogó a este Código en todo lo concerniente al Derecho de Familia.

1.5.5 Ley Sobre Relaciones Familiares.

Como resultado de los avances e innovaciones traídas por la Revolución Mexicana en diversos aspectos de la legislación en nuestro país, Venustiano Carranza expide el 9 de abril de 1917 un ordenamiento que da una nueva perspectiva a la institución jurídica de la familia, titulada Ley Sobre Relaciones Familiares. Se considera con vicio de origen “por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida”.⁶⁶

El legislador de 17 advirtió en los motivos del ordenamiento, que como la patria potestad no era ya la institución cuyo objeto fuera conservar la unidad familiar por fines políticos, sino la regulación de los deberes impuestos por la naturaleza en

⁶⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *“Derecho Civil Familia”*. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 2008. Pág. 590.

⁶⁶ Chávez Ascencio, Manuel F. Op.cit. Pág. 79.

beneficio de la prole, era necesario reformar las reglas establecidas para su ejercicio.⁶⁷

Esta ley, pugnaba por la igualdad de los miembros de la familia, estableciendo el divorcio vincular. Deroga expresamente los capítulos correspondientes del Código Civil de 1884 en lo referente a la familia, tal y como se desprende del artículo 10° transitorio de esta ley. Una de las importancias de este cuerpo de leyes es que por primera vez se regula el derecho de familia como una rama autónoma e independiente del derecho civil.

Señala que los derechos y obligaciones de los cónyuges se deben basar en la igualdad de éstos, ya que ambos consortes son iguales en el hogar, sin embargo, se establece que es obligación del marido el sostenimiento del hogar y a la mujer corresponde el cuidado y mantenimiento del hogar y la prole.

La patria potestad, no tiene como finalidad beneficiar al sustentante de este poder, por el contrario, se instituye para satisfacción y protección de los que se encuentran sujetos a ella.

Esta ley se refiere a la patria potestad en los capítulos XV, XVI y XVII. Consta de los artículos 238 al 269

- Capítulo XV: De la patria potestad de los artículos 238 al 246.
- Capítulo XVI: De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, del artículo 247 al 258.
- Capítulo XVII: De los medios de acabarse y suspenderse la patria potestad, artículo 259 al 269.

⁶⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “*Derecho Civil Familia*”. Op.cit. Pág. 591

Este cuerpo de leyes presentó varias innovaciones, respecto al tema que tratamos, como son:

De acuerdo con el artículo 240, por vez primera, se establece que la patria potestad se ejerce también sobre la persona y los bienes de los hijos adoptivos. En esta etapa se concibe la figura jurídica de la adopción, hipótesis que era desconocida y había sido considerada inútil en el Proyecto de Código de Justo Sierra, pues no obedecía a las costumbres de ese tiempo, situación por la que se omitió en los Códigos anteriores.

A diferencia de las legislaciones anteriores, la Ley Sobre Relaciones Familiares, señala que la patria potestad debe ejercerla en primer lugar el padre y la madre, en segundo los abuelos paternos y en tercero los abuelos maternos. Como puede observarse el cambio significó un gran avance en el derecho familiar, ya no es el hombre el único poseedor del derecho de ejercer la patria potestad, ahora se encuentra la mujer en el mismo plano del marido, ejercen de manera común dicha prerrogativa.

Como consecuencia de lo anterior y resultado de la igualdad entre el hombre y la mujer, en caso de muerte o incapacidad por parte de uno de los dos para el ejercicio de la potestad, el que sobreviva continúa con el ejercicio de ésta.

Desaparece por completo la figura del consultor, instituida en los Códigos anteriores.

En lo general las disposiciones que regularon la patria potestad insistieron en lo ya señalado por los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

1.5.6 Código Civil en Materia Común para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal de 1928.

Dentro de la evolución de nuestro derecho, es momento de llegar al Código Civil de 1928, resultado de los grandes movimientos sociales que nuestro país experimentaba después de la Revolución Mexicana.

“El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, fue promulgado el 30 de agosto de 1928 y después de una prolongada *vacatio legis*, entró en vigor el primero de octubre de 1932. Este cuerpo jurídico está compuesto por un apartado denominado “Disposiciones preliminares”, cuatro libros, 3074 artículos y nueve transitorios”.⁶⁸

Fue elaborado por una comisión redactora compuesta por los licenciados Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz. Las fuentes de este orden normativo fueron los códigos suizo, español, alemán, francés, ruso, chileno, el Código Civil del Imperio Mexicano de Justo Sierra, el Código Civil de 1870, el Código Civil de 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

El autor Javier Tapia Ramírez-comenta en su obra- que este Código se encuentra influido por las ideas de *socialización del derecho*, derivado del pensamiento de León Duguit, quien sostiene que todo individuo debe ajustar su conducta para beneficio de la armonía y convivencia de la sociedad, debido a que todos tenemos una función solidaria que cumplir en beneficio de la misma, ya que los humanos sólo tenemos derecho dentro de la sociedad.⁶⁹

Este Código norma la institución de la patria potestad en el libro primero, “De las Personas”, Título Octavo, desarrollado en tres capítulos:

⁶⁸ Tapia Ramírez, Javier. “*Introducción al Derecho Civil*”. Editorial McGraw-Hill. México D.F. 2005. Pág. 24.

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 26

- Capítulo I. De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos;
- Capítulo II. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo; y
- Capítulo III. De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Una gran parte de artículos del Código de 1870 están incorporados en el Código Civil de 1928, están reproducidos de manera literal o casi literal.

Este ordenamiento jurídico civil de 1928 guarda una estrecha relación, por lo que toca con la patria potestad, con la Ley Sobre Relaciones Familiares, pues fueron pocas las innovaciones en esta materia. Por lo anterior, haré mención de los cambios legislativos más importantes que regularon nuestro tema de estudio.

A manera de referencia, el artículo 411 de este ordenamiento jurídico se impone a los hijos el principio moral que independientemente del estado, edad y condición que tengan, los hijos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

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 sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Reconoce la existencia de nuevas formas de constituir la familia, como lo es el concubinato. Por esta razón en los artículos 415 y 417, se señala que cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381. 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 siempre en cuenta los intereses del hijo.

El término y suspensión de la patria potestad regulado en el artículo 443, no trajo consigo innovaciones de carácter jurídico, pues guarda una similitud exacta con el correlativo 259 y 262 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, por eso considero innecesario su reproducción o análisis.

El artículo 444, enumera las causas de procedencia de la pérdida de la patria potestad:

- a) Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- b) En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- c) Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de ley penal;
- d) Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Otro aspecto importante e innovador es que la patria potestad no se pierde como en las legislaciones anteriores cuando la madre o la abuela contraigan segundas nupcias, empero, el nuevo marido no gozará del derecho de ejercer la patria potestad sobre los hijos anteriores a su matrimonio.

Se establece el principio consistente en que la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Diversas reformas que se han elaborado al Código Civil de 1928.

Desde la publicación del presente cuerpo normativo civil, hasta nuestros días, el Código Civil de 1928 ha sido objeto de varias reformas y modificaciones, éstas actualizaciones persiguen una finalidad eminentemente de carácter social, tendientes a adaptar las normas con la vida cotidiana de los individuos, regular sus relaciones entre particulares así como el sano desarrollo de la familia. Las modificaciones no obedecen al arbitrio de los legisladores, al contrario, tienden a proteger y salvaguardar los derechos de la mujer, de los menores, de los ancianos, de los enfermos y el más importante para nuestro estudio, la integridad familiar y de quien la compone.

En este apartado solo nos enfocaremos a las reformas que ha sufrido la patria potestad en dicho código desde 1932 hasta la presente fecha.

Primera Reforma.

La primera reforma es publicada en el Diario Oficial de la Federación el nueve de enero de 1954, por la que se modifica el artículo 426, esta reforma tiene íntima relación con las actualizaciones y cambios que se llevaron a cabo en los artículos 34 y 115 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, en las cuales se reconoce el goce y disfrute de los derechos políticos de la mujer.

Texto original del artículo 426:

Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes el administrador de los bienes será el varón; pero consultará en

Texto vigente del artículo 426:

Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre o por el abuelo y la abuela o por lo adoptantes el administrador de los bienes será

todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Segunda Reforma.

Esta reforma es publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de enero de 1970, de nueva cuenta es consecuencia inmediata de las reformas a Nuestra Carta Magna en su artículo 34, reduciendo la mayoría de edad a los dieciocho años. La reforma del Código recae en el artículo 438.

Texto original del artículo 438:

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue: I. Por la emancipación o la mayor edad de los hijos; II. Por la pérdida de la patria potestad; III. Por renuncia.

Texto vigente del artículo 438:

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue: I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; II. Por la pérdida de la patria potestad; III. Por renuncia.

Tercer Reforma.

La presente reforma hecha al Código Civil de 1928, pugna por la igualdad entre los sexos. Es publicada el 31 de diciembre de 1974 en el Diario Oficial de la Federación.

El nuevo planteamiento del artículo 418, marca el fin de la preferencia de los abuelos paternos por encima de los demás parientes, para el ejercicio de la patria potestad, otorgando al órgano judicial la facultad de decisión, atendiendo las circunstancias del caso.

Texto original del artículo 418:

Artículo 418. A falta de padres la patria potestad sobre el hijo los demás ejercerán la patria potestad sobre el hijo ascendientes a que se refieren las reconocido los demás ascendientes a fracciones II y III del artículo 414 en el que se refieren las fracciones II y III del orden que determine el juez de lo familiar artículo 414.

Texto de la reforma del artículo 418:

Artículo 418. A falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso.

De igual forma se modifica el artículo 423, con un claro enfoque de reforzar las bases familiares, ya que, junto con la facultad de corrección exista por parte de los padres un deber de ejemplo hacia con el hijo sujeto a esta potestad.

Texto original del artículo 423: Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

Cuarta Reforma.

Estas reformas tienen lugar el 30 de diciembre de 1997, su importancia es trascendental, pues se incluyen modificaciones a los numerales en cuestión de gran repercusión en el orden normativo del derecho familiar, motivo por el cual, me veo en la imperiosa necesidad de transcribir los textos originales así como las reformas planteadas.

Texto original del artículo 411:

Artículo 411. Los hijos cualesquiera que sea su estado edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Texto después de la reforma y aún vigente del artículo 411:

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos cual-quiera que sea su estado edad y condición.

Texto original del artículo 414:

Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I. Por el padre y la madre; II. Por el abuelo y la abuela paternos; III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Texto original del artículo 415:

Artículo 415. Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observarán en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

Texto original del artículo 416:

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

Texto después de la reforma y aún vigente del artículo 414:

Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento ejercerán la patria potestad sobre los menores los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Actualmente el artículo 415 está derogado.

Texto después de la reforma del artículo 416:

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus *deberes* y podrán convenir los términos de su ejercicio particularmente en lo relativo a la *guarda* y *custodia* de los menores. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente

oyendo al Ministerio Público sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto con base en el *interés superior del menor* éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su *alimentación* y conservará los *derechos de vigilancia y convivencia* con el menor conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Texto original del artículo 417:

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 este punto el progenitor que designe el juez teniendo siempre en cuenta los *intereses del hijo*.

Texto original del artículo 418:

Texto después de la reforma del artículo 417:

Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad aun cuando no tengan la custodia tienen el *derecho de convivencia* con sus descendientes salvo que exista peligro para éstos. No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición a petición de cualquiera de ellos el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al *interés superior del menor*. Sólo por mandato judicial podrá limitarse suspenderse o perderse el *derecho de convivencia* a que se refiere el párrafo anterior así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Texto vigente del artículo 418:

Artículo 418. A falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414.

Artículo 418. Las obligaciones facultades y restricciones establecidas para los tutores se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes conservando sus *derechos de convivencia y vigilancia*. La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

Texto original del artículo 422:

Texto vigente del artículo 422:

Artículo 422. A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la *obligación de educarlo convenientemente*. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa *obligación* lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la *obligación de educarlo convenientemente*. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Texto original del artículo 423:

Texto vigente del artículo 423:

Artículo 423. Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la *autoridad paterna*.

Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la *facultad de corregirlos* y la *obligación de observar una conducta* que sirva a éstos *de buen ejemplo*. La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o

psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código.

Durante estas reformas también se modifican el artículo 444 y se crea el precepto legal 444 bis.

Texto original del artículo 444: La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbre depravadas de los padres malos tratos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Texto después de la reforma (también se modifica por reforma del 25 de mayo del 2000, véase quinta reforma:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres malos tratamientos o abandono de sus *deberes* pudiera comprometerse la salud la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses;
- V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y
- VI. VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

Con esta reforma también se crea el artículo 444 bis, que a la letra señala:

Artículo 444 bis. La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar prevista en el artículo 323 Ter de éste Código en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.

Quinta reforma.

De conformidad con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del año 2000, se le denomina Código Civil Federal y sus disposiciones en asuntos del orden federal y, también, serán aplicables al Distrito Federal en materia común, como lo prescribe el artículo primero del mencionado decreto que

textualmente dice “se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federa” Así, el segundo párrafo del segundo numeral transitorio confirma que las reformas no implican modificación alguna a las disposiciones legales aplicables en materia civil para el Distrito Federal, por lo que siguen vigentes para el ámbito local de dicha entidad todas y cada una de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, vigentes a la entrada en vigor del presente decreto.”⁷⁰

En concordancia con el párrafo anterior, en la publicación del 25 de mayo del 2000 de la gaceta Oficial del Distrito Federal, en el artículo primero del decreto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal, se estableció: El código para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal vigente, con sus reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común se denominará Código Civil para el Distrito Federal.

Con esta información puede deducirse que en la actualidad, del Código de 1928 promulgado en 1932, derivan el Código Civil para el Distrito Federal y un Código Civil Federal.

Aunado a lo antes expuesto, surgen importantes modificaciones a diversos artículos, como son el artículo 413, 443, 444, 444 bis, 445, 446 y 447, para quedar como siguen:

Texto original del artículo 413:

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

Texto vigente del artículo 413:

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la *guardia (sic)* y educación de los menores a las

⁷⁰ Tapia Ramírez, Javier. Op. Cit. Pág. 24

impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Texto original del artículo 443:

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 mayor edad del hijo.

Texto original del artículo 444:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres malos tratamientos o abandono de sus *deberes* pudiera comprometerse la salud la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses; V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por

modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Texto del artículo 443 después de la reforma:

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 mayor edad del hijo; IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

Texto del artículo 444 después de la reforma:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial: I. Cuando el que ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese *derecho*; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida; IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad; V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses; VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoria; y

delito grave.

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

Texto original del artículo 444 bis:

Texto vigente del artículo 444 bis:

Artículo 444 bis. La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar prevista en el artículo 323 Ter de este Código en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.

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

Texto original del artículo 445:

Texto vigente del artículo 445:

Artículo 445. La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad.

Artículo 445. Cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los *derechos y obligaciones* inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

Texto original del artículo 446:

Artículo 446. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Actualmente el artículo 446 está derogado.

Texto original del artículo 447:

Texto vigente del artículo 447:

Artículo 447. La patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Artículo 447. La patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y

de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psico-trópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Como se puede observar en el año 2000, la figura jurídica civil de la patria potestad, tuvo invariables cambios y modificaciones en su forma de ejercerla, pero dichas reformas no fueron las únicas, pues en los años de 2004, 2007 y 2008 el apartado referente al tema de análisis de la presente tesis fue actualizado.

Considero innecesario explicar en este capítulo las reformas de los años antes citados, prefiero dejar su estudio para los capítulos siguientes, ya que, éstas corresponden a las disposiciones que tienen vigencia en la actualidad y resultaría inútil repetidas transcripciones.

La patria potestad logró un cambio evidente desde la época de los romanos hasta llegar a nuestros días, ésta se adaptó de acuerdo a los intereses que la misma sociedad le demandó, dependiendo de la etapa social, económica, política y jurídica del país.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

La importancia de la patria potestad en el desarrollo de la vida diaria es de suma importancia en el contexto no solo familiar, sino también desde el punto de vista social, económico y jurídico, motivos suficientes, para su constante actualización legislativa, que procuran una mejoría en esta institución considerada como un pilar fundamental de las relaciones entre los ascendientes y descendientes.

Las últimas modificaciones de que fue objeto la patria potestad son las publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 2 de febrero del 2007, y a las cuales haremos referencia en este estudio, ya que constituyen la legislación actual. La regulación de esta figura legal se encuentra en el Código Civil del Distrito Federal, en el título octavo, comprendida en los numerales 411 al 448 de este cuerpo de leyes.

Para establecer el concepto de esta figura nos remitiremos en primer término al compendio de leyes mencionado con anterioridad, que en su artículo 411 indica:

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

Como se puede apreciar, este artículo no nos proporciona una definición acertada de lo que debe entenderse por la patria potestad, sin embargo sí nos otorga los

elementos necesarios para entender el espíritu actual de la misma, pues hace referencia al respeto y consideraciones entre ascendientes y descendientes, mismos que no se extinguen por la edad o condición de los sujetos relacionados.

Por lo tanto, es manifiesta la intención del legislador de conservar esa relación armónica durante toda la vida en aras del fortalecimiento del vínculo familiar, estableciendo una función protectora, formativa y de representación.

En nuestro país se ha considerado como una institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen con sus descendientes.

Para **Rafael De Pina Vara** la patria potestad es un: “conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.⁷¹

Por otra parte **Ramírez Valenzuela** cita a la patria potestad como: “un conjunto de derechos y obligaciones que tienen en primer lugar, los padres, respecto a los hijos menores de edad; a falta de los padres ejercerá la patria potestad los ascendientes más próximos al menor”.⁷²

La patria potestad-enseña- **Baqueiro Rojas**- “se define como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y los bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los

⁷¹ De Pina Vara, Rafael. “*Diccionario de Derecho*”. Editorial Porrúa. México D.F., 1998. Pág. 400

⁷² Ramírez Valenzuela, Alejandro. “*Elementos de Derecho Civil*”. Editorial Limusa. México 1995. Pág. 215.

representen en tal período. Implica el derecho- obligación de alimentos, convivencia y educación”.⁷³

Tratando de interpretar a dicho autor considero que al hablar del cuidado de los hijos como uno de los fines inmediatos de la patria potestad, se refiere a los alimentos a cargo de los padres para el buen desarrollo físico y emocional de sus hijos.

Guillermo A. Borda define a esta institución de la siguientes forma: “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y se hayan emancipado”.⁷⁴

Este autor incluye en su definición que el ejercicio de la patria potestad se da desde la concepción, argumento de notoria importancia, pues pone en evidencia que un individuo desde el momento de su concepción, está bajo la protección de la ley, confiriendo a los padres la obligación y el derecho de velar por los intereses de su hijo cuando aún está en el vientre materno.

En el mismo orden de ideas los autores **Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez** nos explican que la patria potestad “es una institución de Derecho Familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella”.⁷⁵

Este concepto es contundente al señalar que la patria potestad pertenece al derecho familiar como una rama del derecho autónoma e independiente del derecho civil, idea que comparto en el más amplio sentido. Esta definición

⁷³ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. “*Derecho de familia*”. Editorial Oxford. México. D.F., 2005. Pág. 268

⁷⁴ Borda, Guillermo A. “*Manual de Derecho de Familia*”. Editorial Perrot, Buenos Aires. 11° edición. 1993. Pág. 405

⁷⁵ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto. “*Derecho Familiar*”. Editorial Porrúa. Primera edición. México, 2004. Pág. 257

menciona a la filiación como una de las fuentes de la patria potestad, tema motivo de análisis en esta tesis.

El reconocido jurista **Ernesto Gutiérrez y González** elaboró un concepto de patria potestad para el Proyecto de Código Civil del Estado de Nuevo León, realizó algunas pequeñas modificaciones y agregados para presentarlo en su obra de la siguiente forma:

“Es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.

La patria potestad si fallecen la madre y el padre, pasa a la persona que determine la ley, y es irrenunciable y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del juez de lo familiar”.⁷⁶

Jorge Alfredo Domínguez Martínez nos explica en su obra que “la patria potestad puede considerarse como la institución de lo familiar a la que corresponde regular los derechos de los ascendientes tienen respecto de la persona y de los bienes de sus descendientes menores de edad, para poder dar cumplimiento accesiblemente a las obligaciones que su situación les impone”.⁷⁷

El tratadista **Raúl Lozano Ramírez** define a la patria potestad “como el conjunto de facultades y obligaciones que la ley concede a los padres, sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad, para su guarda y custodia”.⁷⁸

⁷⁶ Gutiérrez Y González, Ernesto.” *Derecho Civil para la Familia*”. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 432

⁷⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “*Derecho Civil Familia*”. Op. Cit. Pág. 289

⁷⁸ Lozano Ramírez, Raúl. “*Derecho Civil. Tomo I. Derecho Familiar*”. Editorial PACJ. México, D.F., 2008. Pág. 261

Partiendo de los diferentes conceptos planteados debemos admitir que una buena parte de la doctrina coincide de gran manera en la sustancia de los elementos que componen la patria potestad.

No es la intención del presente trabajo llevar a cabo una crítica exhaustiva de las diferentes connotaciones dadas a la institución en comento, porque todas y cada una merecen nuestro respeto, lo trascendental considero, es advertir que el conjunto de prerrogativas y derechos a favor de los padres que ejercen la patria potestad en realidad constituyen más un conjunto de obligaciones y directrices enmarcadas por la ley e incluso sancionadas en caso de omisión, establecidas a favor y en beneficio directo de los hijos. El buen desempeño del cargo conferido a los ascendientes, no trae más satisfacción que el ver realizado a un hijo gracias al esfuerzo de los padres, la única excepción es el derivado de los bienes que adquiera el hijo por cualquier otro título que no sea su trabajo. No pueden los ascendientes disponer u obtener alguna ventaja que perjudique los intereses de los menores sujetos a su potestad.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que el cúmulo de derechos-obligaciones derivados de los conceptos anteriores a cargo de los padres son:

- Respeto y consideración;
- Los de Guarda y Custodia;
- El de Cuidados;
- El de educación;
- Corrección y buen ejemplo;
- Convivencia; y
- Fungir como representante y administrador.

En esta misma tesitura considero prudente manifestar mi propio punto de vista respecto al tema. La patria potestad no se encuentra determinada o atribuida a los padres por la ley, ésta se deriva directamente del derecho natural de la

procreación biológica de los hijos, los cuales incluso desde su concepción ya están bajo el cuidado y protección de sus ascendientes. Constituye en sí misma un cúmulo de derechos y obligaciones inherentes a la propia paternidad, pues no es necesario un acto jurídico previo para declarar que los padres gozan de la patria potestad sobre sus hijos. La ley sólo determina los lineamientos y normas necesarias para su mejor desempeño y evitar el abuso en los derechos de educación, corrección y administración de sus bienes.

Esta institución descansa en un deber moral de los padres por hacer lo posible para lograr el bienestar y beneficio de los hijos, hasta que éstos se conviertan en hombres y puedan forjar su propio futuro.

2.2 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

En este tema analizaremos de manera breve, las fuentes de la patria potestad.

- ◆ El matrimonio;
- ◆ La filiación;
- ◆ La adopción; y
- ◆ El concubinato.

2.2.1 *El matrimonio.*

Resulta innegable la importancia y trascendencia del matrimonio como uno de los pilares fundamentales de la sociedad, si bien es cierto, que la familia es semilla de esta, también lo es el matrimonio como un factor determinante para el buen desarrollo tanto espiritual como material de la familia.

El concepto de matrimonio deriva etimológicamente de *matrimonium*, que significa carga de la madre.

Ya en la época romana la institución del matrimonio era de suma importancia para la conservación de la sociedad, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, cuyo fin primordial era la procreación de los hijos, razón por la cual, se consideró como la fuente principal de la patria potestad, pues los hijos concebidos en matrimonio de manera automática entraban al poder del paterfamilias.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez cita en su obra a Courbe, quien afirma- “el matrimonio es el corazón de la familia. Es el acto fundamental que crea la célula familiar, y asegura, en las mejores condiciones, la perpetuación de la especie, si bien es cierto que ello puede tener lugar también fuera de matrimonio. Todo Derecho de la Familia está ordenado en torno al matrimonio”.⁷⁹

Lo que nos parece interesante de esta definición es que al paso del tiempo y la evolución del matrimonio en las distintas legislaciones de nuestro país ya no se considera como fin principal de esta figura jurídica la procreación de los hijos, pero los que decidan tenerlos tendrán que cumplir con sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pues los hijos concebidos en matrimonio estarán sujetos a ésta.

Una vez mencionados diferentes conceptos de matrimonio, haré referencia a la definición legal planteada por el artículo 146 del Código Civil vigente en el Distrito Federal:

ARTÍCULO 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

⁷⁹ Courbe, Patrik. Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 108

Cabe mencionar, que el texto del numeral mencionado es producto de la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha veintinueve de diciembre del 2009.

Este artículo se encuentra relacionado, para el estudio de nuestra tesis, con el artículo 162, que a la letra dice:

ARTÍCULO 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte con los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El concepto legal de matrimonio expresado en el artículo 146 del Código Civil, así como el contenido del precepto 162 nos dan la oportunidad de realizar ciertos comentarios al tenor de los mismo, claro centrándonos en nuestro tema de estudio de la patria potestad.

De estos preceptos legales se desprende de manera fehaciente que la procreación de los hijos, en la actualidad ya no es una finalidad del matrimonio y mucho menos perpetuar la especie, más bien se establece como una posibilidad y no como el único fin. Estas normas dan el derecho a la pareja de no tener hijos si así lo desean.

En los casos en que las parejas decidan de manera libre procrear hijos y asumir el compromiso moral de la maternidad y la paternidad, ejercerán la patria potestad sobre su descendencia, adquiriendo obligaciones y derechos, como son: educar a los hijos, dar un buen ejemplo de vida a sus descendientes, ofrecer respeto y

consideración mutua entre muchos más. Por estos argumentos y aún cuando la procreación de hijos ya no es el único fin del matrimonio, los cónyuges gozan de la libertad de procrear de manera libre, responsable e informada a su descendencia, dando de esta forma paso automático al ejercicio de la patria potestad.

Relacionado con lo anterior, el artículo 324 del Ordenamiento Civil mencionado con antelación, señala que se presumen hijos de matrimonio, los hijos nacidos de matrimonio y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

2.2.2 La filiación

La procreación biológica juega un papel determinante en la filiación, esta tiene vida cuando una pareja al tener una unión sexual conciba un hijo, situación que genera un vínculo biológico y uno jurídico entre los progenitores y el hijo de ambos.

“La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y obligaciones”.⁸⁰

Siguiendo el concepto vertido, el conjunto de derechos y obligaciones que la ley impone a los padres, viene a constituir la patria potestad, sin embargo, creo conveniente señalar, como lo expuse en líneas anteriores, esos derechos y obligaciones derivan de un derecho natural biológico inherente a la paternidad y maternidad, pues desde el nacimiento del hijo, los padres saben las conductas adecuadas para educar y corregir a los hijos sin que exista una declaración jurídica preexistente que nos otorgue la patria potestad.

⁸⁰ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto. Op. cit. Pág. 179

Chávez Ascencio afirma- que “la filiación comprende la concepción, la gestación y el nacimiento. De los tres elementos, el primero es el que determina la paternidad y la maternidad. Es padre el que fecunda a través de su espermatozoide, es madre la que aporta el óvulo. El nacimiento es un evento que sigue a la concepción y a la gestación que no aporta datos para conocer al padre o a la madre. El hijo que nace dentro del matrimonio puede no ser del padre, quien puede acudir a la prueba genética para contradecir. Sin embargo, para los efectos jurídicos, basta con el enunciado mencionado”.⁸¹

Rafael Rojina Villegas nos enseña que la filiación es “la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo”.⁸²

Es bien sabido que la filiación parte en primer término del hecho biológico de la procreación, pero como lo comenta Rojina Villegas- además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad”.⁸³

⁸¹ Chávez Ascencio, Manuel. “*La Familia en el Derecho*”. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México. 2003. Pág. 376

⁸² Rojina Villegas, Rafael. “*Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. Derecho de Familia*”. Editorial Porrúa. 11° Edición. México 2006. Pág. 629

⁸³ *Ibíd*em, Pág. 641

“La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores, y lógicamente, a éstos con aquél”.⁸⁴

De la definición expuesta se aprecia que la filiación es una de las fuentes de la patria potestad, en vista de que las consecuencias jurídicas originadas, traen como resultado el vínculo jurídico entre los ascendientes y su prole, ésto constituye los derechos y obligaciones entre estos.

En la actualidad esta figura jurídica se encuentra normada por el título séptimo del libro primero del Código Sustantivo de la materia, con cuatro capítulos, de los artículos 324 al 389.

Gracias a las reformas publicadas el 25 de mayo del 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la regulación de la filiación fue objeto de varias modificaciones, ésto con la intención de extinguir toda clase de distinciones entre los hijos nacidos dentro del matrimonio o los extramatrimoniales, con el mismo propósito se suprime de nuestra legislación la filiación natural, la filiación legítima y la legitimada. La intención clara, aunque superficial, del legislador fue erradicar estos conceptos y por el contrario regular en nuestro derecho positivo, las consecuencias de la reproducción asistida.

Prueba de lo anterior es lo que enuncia el artículo 338 bis, que a la letra dice:

ARTÍCULO 388 BIS. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

⁸⁴ Méndez Acosta, María Josefina Y D. Antonio, Daniel Hugo. “Derecho de Familia Tomo III”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2001. Pág. 9

De esta forma la filiación es única. Se elimina toda alusión a los hijos adulterinos o incestuosos, a los hijos naturales, a los hijos extramatrimoniales y por lo tanto a la filiación legitimada.

Surge un concepto legal, que afirma este argumento, principio consagrado en el artículo 338:

ARTÍCULO 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando en el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser objeto de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Son varios los puntos a estudio de la filiación, sin embargo, pretendo no ahondar más en el tema, por ser materia independiente del presente análisis, solo me apegaré a realizar algunos comentarios de importancia:

- La institución matrimonial sigue conservando una especial importancia en relación con la filiación, pues con la fórmula expresada en el artículo 324, facilita la designación de la paternidad y de la maternidad. El indicio de la filiación se determina por el matrimonio. Por esto se atribuye de manera natural e incluso legal la patria potestad a los padres.
- “La desaparición total de los distintos tipos de filiación no es jurídicamente viable mientras se siga el sistema, en que se presumen hijos nacidos dentro del matrimonio aquellos que vienen al mundo dentro de ciertos plazos establecidos en la ley”.⁸⁵
- Por lo tanto, los diferentes tipos de clasificación de la filiación ya no tiene importancia respecto a los efectos de los hijos, pero si, a los medios de probar la misma.

⁸⁵De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto. Op.cit. Pág. 231

- La consecuencia o efecto básico de la filiación es la actualización de los derechos y deberes impuestos por la patria potestad.

2.2.3 La adopción

Son varias razones por las cuales los individuos deciden optar por la adopción de un niño, pero quizá, la más fuerte, sea la imposibilidad de procrear de manera natural a su descendencia. Con la adopción nacen un sin fin de consecuencias de carácter legal entre el adoptado y el adoptante, e incluso, surgen los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a la persona y bienes del hijo.

El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contempla a la adopción como una institución destinada al cuidado de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o de aquellos cuyo interés exija que no permanezcan en tal medio, en cumplimiento de su derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Al respecto expresa Daniel Hugo D. Antoni “que incurre en un error la Convención al considerar a la adopción como una cosa, por referencia analógica a medio, como también cuando reduce su función al cuidado del menor. Habría sido preferible que empleara vocablos relacionados con el resguardo y la protección integral para el pleno desarrollo del niño”.⁸⁶

Es importante destacar-explica Rosalía Buenrostro Baéz- “que la adopción es una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica”.⁸⁷

⁸⁶Méndez Acosta, María Josefina y D. Antonio, Daniel Hugo. Op. cit. Pág. 367.

⁸⁷ Baqueiro Rojas, Edgard Y Buenrostro Báez, Rosalía. Op.cit. Pag. 252

La adopción puede ser observada como un acto jurídico generado por la participación de una pluralidad de voluntades además de la del adoptante. Corresponde a quienes deben consentir en la adopción. Es al mismo tiempo un estado jurídico, integrado por el cúmulo de derechos y obligaciones generados por el acto y que en aplicación de la teoría general del acto jurídico al caso concreto, dichos efectos son el objeto directo del acto, los cuales, en todo caso, se equiparan o son por lo menos similares a los de la filiación por naturaleza”.⁸⁸

De las definiciones antes dadas, podemos concluir que la adopción crea un vínculo jurídico entre las partes, equiparable al derivado de la filiación, es decir, la ley reconoce los mismos derechos y obligaciones propios de la patria potestad, respecto de la persona y bienes del hijo, pues así, debe considerársele al adoptado.

Igual como sucedió con la filiación, las reformas del 25 de mayo del 2000 al Código Civil en comento trajo consigo cambios estructurales a la adopción, uno de ellos es la derogación de los artículos 402 al 410 en lo tocante a la adopción simple, por lo tanto, este cuerpo de leyes en la actualidad solo regula la adopción plena.

Los puntos medulares de este tipo de adopción y relacionados directamente con el ejercicio de la patria potestad son los siguientes:

- El sujeto adoptado ocupa la misma situación que un hijo consanguíneo;
- Las consecuencias jurídicas de la adopción no guardan diferencia alguna con la filiación;
- El hijo adoptado adquiere los derechos y obligaciones no solo frente al adoptante sino también con la familia de éste;

⁸⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “*Derecho Civil Familia*”. Op. Cit. Pág. 565

- La adopción tiene como finalidades primordiales la protección de la persona y bienes del adoptado;
- El adoptante ejerce la patria potestad sobre el hijo adoptado.

Me permito transcribir los siguientes preceptos legales del Código Civil, pues, nos ayudarán a matizar con mayor claridad lo argumentado en párrafos anteriores:

ARTÍCULO 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente.

ARTÍCULO 410-A. El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

En estos numerales, se advierte de manera fehaciente, que esos derechos y obligaciones guardan plena concordancia con los enunciados en el título octavo denominado de la patria potestad, el legislador, no hace aclaración alguna, por eso, debe entenderse así.

La diferencia fundamental que considero guarda la adopción con las demás fuentes de la patria potestad consiste en que para llevar a cabo la adopción es necesario un procedimiento judicial por medio de la jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles.

En comentarios anteriores señalé, como un punto de vista muy personal, que la patria potestad es un derecho natural, inherente a la paternidad y maternidad biológica, no necesita de declaración judicial previa para su ejercicio, sin embargo, en la adopción, para el ejercicio de los derechos y obligaciones de esta potestad si es menester cumplir con los requisitos enunciados en los artículos 390 y 397 del Código Sustantivo.

2.2.4 El concubinato

La figura jurídica del concubinato es tan antigua, que ya la contemplaba el derecho romano, era la unión de un hombre y una mujer, quienes vivían como esposos, pero por ciertos impedimentos, como la falta de *connubium*, no podían o por decisión propia no querían unirse en *justas nupcias*.

El concubinato-opina- Baqueiro Rojas- “es la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales”.⁸⁹

Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su obra cita a Cornu- quien dice que el concubinato, es en esencia “la unión de un hombre y una mujer que viven en pareja como marido y esposa, maritalmente pero sin estar casados, unidos de hecho. Paralela a la vida en matrimonio del que se distingue por la ausencia de celebración nupcial, esta situación, esta vida marital se caracteriza por tres características relacionadas: se presenta como una unión estable, durable y pública”.⁹⁰

Siguiendo la doctrina del autor anterior, él manifiesta- “el concubinato es la vida en común por un tiempo determinado, razonablemente prolongado y cuyo mínimo suele fijarse, por la ley, que un hombre y una mujer en nuestro medio llevan a

⁸⁹ Op.cit. Pág. 121

⁹⁰ Cornu, Gerard. Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 413

cabo, sin haber contraído matrimonio, por la que forman una familia, con o sin descendencia y a la vista de la comunidad”.⁹¹

Como se puede apreciar la diferencia más marcada entre ésta figura jurídica y la institución del matrimonio, es que la voluntad de los concubinarios no ha sido manifestada ante el Juez del Registro Civil, no se ha firmado un acta solemne del cumplimiento de las obligaciones y derechos propios de las justas nupcias. Por éste hecho no se puede desdeñar su existencia, porque forma un cimiento de la familia, por ésta y muchas más razones la ley ha venido a otorgar y reconocer ciertos derechos a los concubinarios.

Como fuente de la patria potestad analizaremos algunos artículos que regulan esta figura, y donde se desprende su relación inmediata con el ejercicio de la potestad ejercida por los padres, sobre sus descendientes.

ARTÍCULO 138 QUATER. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

ARTÍCULO 138 QUINTUS. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

De esta forma, el concubinato constituye una de las fuentes imprescindibles de la patria potestad, por pertenecer al derecho de familia. Por ende, se aplicaran para al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, tal y como lo estipula el artículo 291 TER.

La regulación del concubinato en el Código Civil del Distrito Federal tienen lugar en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo XI, Del Concubinato, su legislación

⁹¹ Loc.cit.

abarca del artículo 291 bis al 291 Quintus. No haré referencia a todos y cada uno de ellos, solo me enfocaré al estudio de los que considero se encuentran íntimamente relacionados con la patria potestad.

El artículo 291 bis arroja los elementos necesarios para que una unión pueda considerarse como concubinato.

ARTÍCULO 291 BIS. Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a que alude este capítulo.

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

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

Por lo que toca al primer párrafo, para que se considere al concubinato como una unión de hecho, requiere haber unión de pareja estable, es decir, por más de dos años, no puede carecer de la intención de cohabitar, elemento distintivo que pone en evidencia el deseo de formar una familia.

En tratándose de lo señalado en el párrafo segundo, de especial importancia para el estudio de la tesis, los hijos nacidos de una relación entre hombre y mujer aún cuando no reúnan el requisito de tiempo estipulado en la ley surtirán los efectos legales en relación a los derechos y obligaciones con razón de la paternidad y maternidad. Resultaría absurdo que los nacidos antes de cumplir el término legal del concubinato quedaran desprotegidos legalmente. La intención de los

legisladores de establecer que la unión tenga como mínimo dos años para considerarse concubinato, no se impuso como condición efectiva de los derechos y obligaciones de los padres en el ejercicio de la patria potestad y en beneficio de los hijos, por el contrario, este dispositivo se hizo para generar los derechos entre los concubenarios.

Con estas normas se hace evidente que a los hijos nacidos del concubinato se les debe aplicar los derechos y obligaciones de la filiación.

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

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

En estos términos los hijos nacidos del concubinato quedan de manera espontánea bajo la patria potestad de los padres y gozan de los mismos derechos que los hijos nacidos de matrimonio, en cuanto a la protección de la ley.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA.

En la actualidad, la patria potestad, contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejerzan una potestad, un poder sobre los hijos.

Es una facultad reconocida por la ley, como un medio idóneo de proceder, para el cumplimiento de un deber; los padres están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese desempeño es intransferible.

En un intento de aclarar la naturaleza jurídica de la patria potestad, el tratadista Ignacio Galindo Garfias nos explica- “la patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentra como ocurre con otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber”.⁹²

En esta misma tesitura Manuel F. Chávez Ascencio, cita que, “se trata de un poder reconocido por ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber. En otras palabras, el poder paterno o materno en punto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre y la madre. Ellos deben-están obligados- a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a tercero”.⁹³

Desde este punto de vista se considera a la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes, instituidos para la protección, representación y educación de los niños. Estos derechos son concedidos a los padres para el beneficio exclusivo de los hijos, dichos poderes son otorgados a los ascendientes para el desempeño cabal de su función.

No podemos perder de vista, que en la actualidad dada la importancia de la familia, las normas previstas para su regulación son de carácter público, por lo tanto la patria potestad se ejerce bajo los lineamientos del interés público.

Alfonso de Cossio y Corral- concibe a la patria potestad- “como una potestad familiar, concedida al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos a él sometidos, a quienes se debe protección. Este carácter social atribuido al ejercicio

⁹² Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 675

⁹³ Chávez Ascencio, F. Manuel. Op. cit. Pág. 270

de las facultades paternas ha hecho que se aumenten las posibilidades de intervención judicial en la actuación decisoria del padre”.⁹⁴

La naturaleza jurídica de la patria potestad descansa en que los derechos otorgados a los padres tienen como finalidad única el cumplimiento de sus deberes paternales, éstos son de carácter obligatorio, el titular no cuenta con la libertad de tomar la decisión de querer o no ejercer el cargo. El poder atribuido a los padres y debe ser siempre en provecho de los hijos.

“Los poderes que atribuye la patria potestad, no se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes del hijo y la administración de los bienes de éstos”.⁹⁵

Por lo tanto, la patria potestad entraña en sí misma, derechos y al mismo tiempo las obligaciones que los padres tienen para con sus hijos y los bienes de estos. La institución de la patria potestad es de orden público e interés social, esto, si tomamos en cuenta, que esta figura jurídica encuentra sus plenas raíces en la familia, como célula primaria de la sociedad.

Al ser una institución de orden público e interés social, es obligación del Estado salvaguardar y garantizar el buen desarrollo de las relaciones entre los ascendientes y descendientes, en las cuales debe imperar el respeto y consideración mutua, tal y como lo expresa el artículo 411 del Código Civil del Distrito Federal.

⁹⁴ De Cossio y Corral, Alfonso. “Instituciones de Derecho Civil. Tomo II”. Editorial Civitas. Madrid, España. Pág. 481

⁹⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. Pág. 676

2.4 SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

La doctrina ha establecido que existen dos tipos de sujetos en la patria potestad, los sujetos activos (los que la ejercen) y los pasivos (sobre quienes se ejerce), analizaremos con detenimiento cada uno de ellos.

◆ **Sujetos activos**

Anteriormente, era necesario distinguir entre los hijos legítimos y los ilegítimos, para poder determinar a los sujeto activos de la patria potestad. En la actualidad en nuestra legislación ya no existe tal distinción, tal y como lo señala el artículo 414 del Código Sustantivo de la materia:

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

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

Para poder establecer con mayor certeza quienes son los sujetos que ejercen la patria potestad, es menester establecer tres puntos de vista, distintos pues sus efectos son diferentes:

a) *Sujetos que ejercen la patria potestad derivada del matrimonio o del concubinato:*

- Mientras el hijo no ha nacido, su representante legal será la madre, pues su intervención es fundamental;

- El padre y la madre, de manera conjunta, son los señalados, en primer término para cumplir con el ejercicio de la patria potestad;
- Cuando por cualquier motivo deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro;
- A falta de padres, los abuelos en el orden determinado por el Juez de lo Familiar;
- En caso de separación de los cónyuges que ejercen la patria potestad los deberes impuestos, por la institución en comento, quedan subsistentes y los padres deberán convenir sobre la custodia del menor. Si no existe acuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, atendiendo siempre al principio del interés superior del menor. Ambos continuarán ejerciendo la patria potestad. De acuerdo al artículo 416.

b) Sujetos que ejercen la patria potestad por reconocimiento del hijo:

- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad;
- Cuando viviendo separados los hayan reconocido en el acto, convendrán cual de los dos la ejercerá, en caso de discrepancia, el Juez de lo Familiar resolverá lo apropiado;
- En caso de separación opera el mismo principio consagrado en el artículo 416.

c) Sujetos que ejercen la patria potestad tratándose de hijo adoptivo:

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

- Este numeral guarda íntima relación con lo señalado por los artículos 380, 381, 414 y 419 del Cuerpo de Leyes Citado tantas veces.

Tratando de presentar por medio de esta investigación el mayor número de panoramas o escenarios relacionados con nuestro tema de estudio, considero importante explicar que el hecho de contraer nuevas nupcias, en nada altera la relación jurídica existente o ulterior a la nueva o a las que se estén desarrollando al mismo tiempo. De igual forma el nuevo cónyuge o concubina no podrá ejercer la patria potestad sobre los hijos de la unión anterior. Aseveración fundamentada en el artículo 445 del Código Civil del Distrito Federal, texto que transcribo de manera íntegra:

ARTÍCULO 445. Cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

◆ **Sujetos pasivos.**

Son las personas sobre las que recae el ejercicio de la patria potestad. Encuentran su fundamento legal en el artículo 412 del Código:

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.

Por lo tanto, los sujetos pasivos son, los menores de edad no emancipados. Entendiendo por emancipación, tal y como lo enseña el jurista Raúl Lozano Ramírez, “el matrimonio del menor de dieciocho años produce el derecho de tener

la libre administración de sus bienes, con determinadas limitaciones que señala la ley”.⁹⁶

En caso de no cumplirse con alguno de los supuestos mencionados en el numeral citado, la patria potestad no tendrá lugar, caso en el cual, entrará en su lugar la institución legal de la tutela.

2.5 CARACTERÍSTICAS.

A continuación haremos el estudio de las características de la patria potestad:

- ◆ **Institución de orden público.** Los derechos derivados de la patria potestad, son de interés público, pues se ejercitan tomando en cuenta un interés público y no un interés particular. En este orden de ideas Rafael Rojina Villegas-comenta- “los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela”.⁹⁷ Se dice que son normas de orden público, porque no pueden ser alteradas o modificadas por la voluntad de los individuos, no se encuentran en un plano de autonomía, constituyen normas vigiladas expresamente por el estado en beneficio del interés superior de los menores sujetos a ella. La actitud de proteger, velar, educar, procurar el interés y beneficio de los hijos, en buena medida es consecuencia espontánea de los padres, sin embargo, al estado como órgano rector le corresponde exigir el cumplimiento de estos.

- ◆ **Irrenunciable.** De manera expresa el artículo 448 del Código Sustantivo Vigente, determina que la patria potestad no es renunciabile.

⁹⁶ Lozano Ramírez, Raúl. Op. cit. Pág. 323

⁹⁷ Op. cit. Pág. 79

ARTÍCULO 448. La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;*
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente su desempeño.*

Los padres no pueden renunciar al ejercicio de la patria potestad. No cabe la renuncia porque se trata de derechos-deberes. De acuerdo con el texto del numeral 6° del cuerpo de leyes antes citado “solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente a interés público, cuando la renuncia no perjudique derecho de tercero”. En esta tesitura, como lo vimos en líneas anteriores, la patria potestad es de orden público, de allí la importancia de considerársele irrenunciable. “La patria potestad no puede renunciarse, ya que la naturaleza de la institución es de interés público; los derechos y deberes que la integran están fuera del comercio”.⁹⁸

- ◆ **Intransferible.** Las facultades inherentes a la patria potestad en sentido propio son intransmisibles, estos derechos conferidos a los que la ejercen son personalísimos. Los padres no pueden por ninguna causa transmitir la patria potestad, ni siquiera, por herencia. En nuestra legislación, tales derechos corresponden originariamente a los padres, a falta de uno de ellos, la ejercerá el otro. A muerte de los dos padres entraran los abuelos en el orden determinado por el Juez de lo Familiar. Sin embargo, existe una excepción, el caso de transmisión de la patria potestad por adopción. Este acto jurídico tiene por ley, que revestir todas las formalidades y ser acordada de conformidad por el juez de lo familiar.

⁹⁸ Soto Álvarez, Clemente. “*Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho Civil*”. Editorial Limusa. México. D.F., 2006. Pág. 121

Excepción: Artículo 470. *El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto por el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.*

Artículo 471. *El nombramiento de tutor testamentario, hecho en términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado.*

- ◆ **Imprescriptible.** “Se puede considerar que en todo el derecho de familia impera la imprescriptibilidad de las acciones y de los derechos subjetivos, así como de las obligaciones correlativas. Este carácter deriva de la naturaleza misma del derecho familiar y en razón de los intereses propios del estado que se tutelan en las distintas relaciones jurídicas a que se refiere esta rama”.⁹⁹ El hecho de no ejercer la patria potestad por un tiempo determinado, no extingue los derechos y obligaciones de tal cargo. De igual forma no resulta posible adquirir la patria potestad por prescripción positiva. Es válido dicho argumento, pues, la figura de la prescripción funciona de manera básica en las relaciones del derecho privado, en el derecho familiar no tiene aplicación.

- ◆ **Temporal.** Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, su duración depende de la minoría de edad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El plazo máximo de ejercicio de la patria potestad con respecto de cada hijo son los dieciocho años cumplidos. Esta tesis encuentra su fundamento legal en el artículo 443 fracción I y II del Código Civil del Distrito Federal. En la patria

⁹⁹ Cicu, Antonio, cit., Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. Pág. 89

potestad los derechos subjetivos duran sólo el tiempo de la minoría o incapacidad de los sujetos pasivos.

- ◆ **Gratuita.** Su ejercicio no recibe ninguna retribución, salario u honorario.

2.6 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

2.6.1 Respeto de la persona de los hijos

Los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos y sobre sus bienes, tiene su fundamento legal en el artículo 413 del compendio de leyes civiles del Distrito Federal:

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

Por lo que toca al aspecto personal, los efectos se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, así como la función protectora, formativa y de representación, incluso de crianza, a cargo de los ascendientes.

- ◆ *Respeto y consideración mutuos.*

Nuestra actual legislación consagra el principio fundamental de respeto y consideración en las relaciones entre ascendientes y descendientes, tal y como lo establece el artículo 411 del Código Civil vigente en la Ciudad de México, que a la letra dice:

ARTICULO 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 la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Este principio es de suma trascendencia, pues garantiza la subsistencia de la familia, con apoyo de la ley, no sólo por el parentesco que los une, además por razones de afecto y cariño, como es el respeto, la consideración y la gratitud hacia sus padres, porque como lo señala Raúl Lozano Ramírez- “de ellos reciben alimentos, vestido educación, cariño, protección y un hogar, que es el fruto del trabajo de sus padres”.¹⁰⁰ Este deber de honrar y respetar a los padres no se extingue al terminar la patria potestad, por el contrario, debe durar toda la vida, ésto no es privativo sólo de los menores sujetos a la patria potestad, también tienen la obligación de cumplirlo los ascendientes.

Esta tesis moral se justifica desde el punto de vista de Galindo Garfias, al enseñarnos que “por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia”.¹⁰¹

Es muy acertado el comentario de dicho autor, sin embargo, considero necesario denotar que esta obligación moral de respeto y consideraciones, en la actualidad, debe ser una conducta realizada por ambos sujetos de la relación jurídica de manera recíproca.

En el segundo párrafo del numeral transcrito señala la responsabilidad de los ascendientes de tener con sus hijos, vivan o no con ellos, una relación armónica. Es atinado, porque la convivencia en armonía, la confianza y la comunicación que los padres o abuelos (si ellos ejercen la patria potestad sobre sus nietos)

¹⁰⁰ Op. cit. Pág. 266

¹⁰¹ Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. Pág. 679

depositen en los menores, resulta indispensable para lograr una formación de provecho dentro de la sociedad.

En este sentido los juristas Luis Gustavo Arratíbel Salas y Francisco José Huber Olea, comentan- “el deber de respeto y mutua consideración a que se refiere este artículo es, en principio, un mandato ético-moral: su incumplimiento no produce por sí mismo una sanción jurídica; pero cuando la falta se transforma en conductas tipificadas como violencia intrafamiliar o ingratitud, existe en este código una gran variedad de penas, que van desde la revocación de una donación recibida, hasta la pérdida de la patria potestad o del derecho a los alimentos. En casos extremos de violencia o abandono de las obligaciones paterno-filiales, las conductas pueden llegar a tipificarse como delito y producir severas sanciones corporales para quien las comete”.¹⁰²

◆ Domicilio legal del menor

Como principio general los sujetos vinculados por la patria potestad deben vivir juntos. Como consecuencia natural del deber impuesto al hijo y padres o abuelos, en su caso, a convivir de manera armónica. “El hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad”.¹⁰³

Estos lineamiento son para llevar a cabo la función protectora y formativa, “con el objeto de evitar que el menor, lejos del hogar de sus padres o ascendientes y sin una vigilancia, puedan adquirir, debido a su poca experiencia, una conducta inmoral, que le cause daños materiales y morales a su persona, que con frecuencia son irreparables”.¹⁰⁴

Las disposiciones legales que regulan estas determinaciones son:

¹⁰² Arratíbel Salas, Luis Gustavo y Huber Olea, Francisco José. “Código Civil para el Distrito Federal. Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia Tomo I”. Editorial Sista. México. D.F., 2005. Pág. 326

¹⁰³ Ibídem. Pág. 679

¹⁰⁴ Lozano Ramírez, Raúl. Op. cit. Pág. 266

“ARTÍCULO 31. Se reputa domicilio legal:

III. Del menor de edad no emancipado, el de la persona cuya patria potestad está sujeto...”

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

◆ Representación

Los menores sujetos a la patria potestad tienen la prohibición legal de comparecer en juicio, ni contraer obligaciones por cualquier tipo de contrato, si no cuentan con el consentimiento expreso de los sujetos titulares de la potestad, en caso de desacuerdo, será el juez quien resuelva lo más conveniente a los intereses del menor.

ARTÍCULO 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

De la disposición se desprende de manera tácita la obligación de los ascendientes a representar al hijo. La voluntad del menor viene a ser sustituida por los padres, ésto como consecuencia inmediata de la nula experiencia que el menor posee para poder defender su persona y sus bienes.

Ahora bien, a manera de síntesis, la autora Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, opina en su obra que “la patria potestad también se explica como la adquisición de ciertas obligaciones, por ejemplo: la obligación de educar convenientemente a sus descendientes; la obligación de dar un buen ejemplo de vida; la obligación mutua de tenerse respeto; y la obligación de los descendientes sujetos a la patria

potestad de vivir al lado de quienes la ejercen y sólo podrán abandonar el domicilio cuando el juez de lo familiar lo autorice o cuando contraigan matrimonio siendo aún menores de edad”.¹⁰⁵

A los que ejercen la patria potestad incumbe la obligación de cumplir con ciertos deberes, como son:

- **Guarda y custodia de los hijos;** la patria potestad trae consigo la guarda y custodia de los menores. Esta guarda y custodia será ostentada por ambos ascendientes, siempre y cuando estos vivan juntos y de manera armónica. “La custodia es el deber fundamental y primordial que hará posible el cumplimiento de los otros deberes que integran la patria potestad. Será imposible, o por lo menos sumamente difícil, cumplir los deberes que corresponden al padre o a la madre si no tienen la custodia del menor”.¹⁰⁶ La guarda y custodia del menor implica en sí misma la tenencia material del hijo, vigilancia, protección y cuidado no solo físico sino también espiritual. Cuando por alguna razón los ascendientes que ejercen la patria potestad no vivan juntos, ambos deberán cumplir con sus deberes, con la opción de poder llegar a un arreglo en lo referente a la guarda y custodia del menor, en caso de desavenencia (como sucede en la mayoría de los litigios), el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente (en concordancia con el artículo 416 del Código Civil). En caso de conflicto por el cambio de guarda y custodia, la participación judicial y del menor son indispensables, incluso intervendrá a manera de apoyo del menor el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, tal y como lo enuncian los numerales 417 y 417 bis del Ordenamiento Civil citado en múltiples ocasiones.

¹⁰⁵ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. “*Panorama del Derecho Mexicano*”. Editorial McGraw-Hill Interamericana. México. 1998. Pág. 40

¹⁰⁶ Chávez Ascencio, Manuel. “*Convenio Conyugales y Familiares*”. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1993. Pág. 105

- **Educación del menor;** sin la intención de menospreciar los demás deberes, éste constituye uno de las más importantes obligaciones a cargo de la madre y del padre. Corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad de conformidad con el artículo 164, párrafo primero, 168 y 422 :

ARTICULO 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece.....

ARTÍCULO 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

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

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

Es de vital importancia la educación que los menores reciben en el seno familiar, como primer plano de instrucción, está aunada a la educación recibida en las aulas de clases y la recibida del entorno social en que se desenvuelve, arrojará como resultado la educación integral del menor. Es bien sabido por la mayoría, la mejor manera de educar a un hijo es con el ejemplo, motivo por el cual la ley nos impone, buenas conductas que sirvan de ejemplo a los hijos.

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

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

Referentes a este artículo, el derecho a corregir no debe entenderse como un poder desmesurado, que poseen los padres, al corregirlos hay que buscar la mejor forma de hacerlos entrar en razón, evitar aquellas situaciones dañinas y mejor esforzarse por educar al hijo, con esta educación rara vez se tendrá la necesidad de corregirlos.

- **Obligación de dar alimentos:** “Los alimentos son un una obligación y un derecho regulado por la ley entre cónyuges, concubinos, padres e hijos o entre determinados parientes, que tiene por objeto que uno o varios de ellos proporcionen en caso de necesidad todo lo que sea necesario e indispensable para que sobreviva y para su desarrollo pleno a otro miembro de la familia, siempre sobre las bases de sus posibilidades”.¹⁰⁷ Esta obligación existe aún cuando los padres no ejerzan la patria potestad, este derecho de los hijos en el caso de esta figura tiene su origen en el parentesco. Su fundamento legal está sustentado en el precepto legal que a continuación transcribo:

ARTÍCULO 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

¹⁰⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. Op. cit. Pág. 38

Esta obligación es de carácter recíproco, pues, también los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, tal como lo enuncia el artículo 304 del Código Civil del Distrito Federal. Por esto, se puede aseverar que los alimentos son obligaciones impuestas a ambos sujetos, tanto al pasivo como a los activos, en determinadas situaciones y condiciones. Los alimentos comprenden los rubros citados por el artículo 308 del Cuerpo de leyes citado con antelación.

2.6.2 Respetto de los bienes de los hijos

Los efectos de la patria potestad con respecto a los bienes del hijo, se concentran principalmente en actos de administración y representación, mismos que se ejercen en forma similar a los actos de desempeño de la patria potestad respecto de la persona de los hijos y por quienes la ejercen.

De acuerdo con los artículos 646 y 647 del Código Civil, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Este tema está regulado en el libro primero, título octavo, capítulo segundo, de los artículos 425 al 442 de la legislación civil vigente en el Distrito Federal. Las mencionadas disposiciones establecen las condiciones en que se debe ejercer la representación, administración y remuneración derivada del ejercicio de tales atribuciones. Como mero comentario informativo, a diferencia de las constantes modificaciones y reformas sufridas por otras figuras jurídicas familiares, este capítulo poco ha visto modificados su contenido desde el inicio de vigencia del código, la única modificación fue en 1954, con la cual se le dio mayor participación a la mujer.

◆ Representación

Debido a la incapacidad de ejercicio de la que adolecen los menores de edad, es imprescindible que los ascendientes en pleno ejercicio de la potestad, sean considerados por ley los representantes de éstos, así disponen los numerales 424, 425 y 427 del Código. Su texto es el siguiente:

ARTÍCULO 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

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

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

Estos artículos nos invitan a realizar algunas reflexiones, para su mejor entendimiento:

Tomemos como punto de partida el concepto de capacidad vertido por el doctrinario Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien dice- que “el primer atributo de la personalidad es la capacidad. En un sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir los segundos en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio”.¹⁰⁸

¹⁰⁸ “Derecho Civil. Op. Cit., Pág. 166

Con el concepto presentado, se advierte la existencia jurídica de dos tipos de capacidades, es decir, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones. Se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte.

“La capacidad de ejercicio, es la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal así como para comparecer en juicio por derecho propio”.¹⁰⁹ En esta tesitura, el artículo 24 del Código expresa: “El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”. Interpretado a *contrario sensu*, dicha norma establece que los sujeto que aún no alcancen la mayoría de edad no podrán disponer ni de su persona ni de sus bienes, es en este momento donde se justifica fehacientemente la representación de los padres, porque al estar el menor privado de capacidad de ejercicio, éstos ejercitan derechos y obligaciones por medio de sus representantes, conforme a lo estipulado por el artículo 23 que a la letra dice:

ARTÍCULO 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significa menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos a contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Debo hacer notar al lector del presente trabajo, que en mis argumentos no hago referencia a la representación legítima señalada en nuestra legislación, pues dicha expresión resulta incongruente jurídicamente, ya que hace suponer la existencia de una representación ilegítima, inexistente hasta nuestros días.

¹⁰⁹ Loc. Cit.

◆ Administración

En tratándose de la administración-manifiesta Raúl Lozano Ramírez- “el que ejerce la patria potestad tiene facultades de administración de los bienes del menor, que son todos aquellos actos que tienen por objeto la conservación de dichos bienes y de los frutos que produzcan, a efecto de que el matrimonio de éste no se mengue o sufra menoscabos, de tal manera que en principio el que ejerce la patria potestad no tiene facultades de disposición que disminuya el patrimonio del menor”.¹¹⁰

En resumen los actos de administración es todo lo efectuado con el fin de conservar o acrecentar el patrimonio de un sujeto, con el derecho de la percepción de frutos, producidos por la masa patrimonial.

Al respecto Galindo Garfias nos explica que “la idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es la de conservación de los bienes y los actos de disposición, son contrarios a este principio”.¹¹¹

Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes pertenecientes a sus descendientes sujetos a este régimen, así lo consagra el artículo 425.

Es importante precisar que no todos los bienes propiedad del menor son objeto de la administración de los padres, para saber a ciencia cierta cuales caen dentro de esta administración, analizaremos detenidamente los artículos 428, 429 y 430 del Código Civil del Distrito Federal, texto transcrito a continuación:

ARTÍCULO 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

¹¹⁰ Loc. Cit. Pág. 270

¹¹¹ Op. cit. Pág. 685

- I. *Bienes que adquiera por su trabajo;*
- II. *Bienes que adquiera por cualquier otro título.*

ARTÍCULO 429. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

ARTÍCULO 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

De lo expresado por estos dispositivos legales se pueden hacer algunos comentarios al respecto:

Primero.- La ley realiza esta división de bienes, para saber cual será el tratamiento legal aplicable a las propiedades del menor. Los bienes adquiridos por su trabajo le pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo tal y como lo establece el artículo 429, en éstos nada tendrá que ver la figura paterna o materna titulares de la patria potestad. Por el contrario, de los bienes adquiridos por cualquier otro título, el menor no tendrá la administración, ésta es atribuida a los sujetos que ejercen la patria potestad y éstos tienen derecho a la mitad de los frutos que las propiedades generen.

Segundo.- El legislador empleó una técnica de redacción jurídica equivocada en el artículo 429, pues señala, “los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo”, recordemos que de acuerdo con el artículo 980 del mismo ordenamiento civil se estipula claramente “El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos”, por lo tanto el menor

como propietario no tiene el carácter de usufructuario, tal vez la intención fue el derecho de usar y disfrutar del bien, o al menor eso hubiera sido lo correcto.

Tercero.- La administración ejercida por el menor, al tratarse de los bienes adquiridos por su trabajo, puede ser nada productiva, inútil e incluso descuidada y no haber sanción por parte de la ley, por el contrario, cuando los ascendientes son los administradores deben esmerarse en su administración, de ser omisos al respecto, pueden incurrir en responsabilidad.

Los padres pueden renunciar a su derecho del cincuenta por ciento del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas. Esta renuncia debe ser entendida como una donación al menor (artículos 431 y 432 de la legislación civil aplicable en el Distrito Federal). “Si bien la renuncia puede hacerse ante testigos, los mismos podrían ser tachados de falsos. Por ende, es preferible que la renuncia se haga ante fedatario público, o ante autoridad judicial”.¹¹²

De conformidad con lo expuesto por el artículo 434 del compendio de leyes civiles aplicables en el Distrito Federal, el que ejerce la patria potestad y percibe el cincuenta por ciento del usufructo, se convierte en usufructuario con todas las obligaciones ordenadas por la ley, con la única excepción de otorgar fianza, sólo la otorgará:

- Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o están concursados;
- Cuando contraigan nuevas nupcias; y
- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para sus hijos.

¹¹² Arratíbel Salas, Luis Gustavo y Huber Olea, Francisco José. Op. cit. Pág. 341

El usufructo trae como consecuencia el cumplimiento de la obligación alimentaria, pues de conformidad con el principio sustentado en el artículo 319 del Código Civil, el importe de éstos se descontará del cincuenta por ciento.

ARTÍCULO 319. En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad.

ARTÍCULO 435. Cuando por ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Del anterior artículo podemos inferir que cuando se trata de mera administración a cargo del menor, por tratarse de bienes adquiridos por su trabajo, o por voluntad propia de quien ejerce la patria potestad el menor será considerado como emancipado, pero no así, de los actos de disposición. Por ejemplo, si el menor decidiera vender una propiedad inmueble forzosamente necesitaría de la representación de sus ascendientes para la firma y validez de dichos actos jurídicos. Estos actos de dominio, no pueden ser otorgados de manera personal por el menor. Partiendo de estas ideas Luis Díez-Picazo, opina “pueden comprenderse dentro del concepto general de los negocios de disposición, los siguientes:

- Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona;
- Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa;

- La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo”.¹¹³

Por regla general los actos jurídicos celebrados por un menor de edad están afectados de nulidad.

“Es lógico que quien tenga el ejercicio de la Patria Potestad lleva a cabo actos de administración de los bienes que pertenezcan al menor, pero lógicamente también no pueden disponer libremente de sus bienes”.¹¹⁴

En este orden de ideas, la representación y administración de los padres sobre los bienes del hijo sujeto a la patria potestad, encuentra ciertas limitaciones, porque no pueden celebrar los actos consagrados en el artículo 436 del Código Civil, como son:

- No pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, salvo cuando sea de absoluta necesidad y previa la autorización del juez;
- Celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años;
- Recibir la renta anticipada por más de dos años;
- Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta;
- Hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; y

¹¹³ Díez- Picazo, Luis. Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “Derecho Civil”. Op. cit. Pág. 179

¹¹⁴ Soto Álvarez, Clemente. Op cit. Pág. 123

- Dar fianza en representación de los hijos; y
- Renunciar a la herencia en representación de los hijos.

ARTÍCULO 437. Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomarán las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

Este artículo nos exhorta a realizar algunos comentarios:

Primero: La obtención de esta licencia judicial está condicionada a la absoluta necesidad o al evidente beneficio del menor;

Segundo: El precio de la venta forzosamente se destinará al fin que se destinó, el remanente de la venta se invertirá en la adquisición de un inmueble o se instituirá hipoteca en beneficio del sujeto a patria potestad;

Tercero: El precio de la enajenación se depositará en una institución de crédito (por lo regular el Banco de Ahorro Nacional y Servicios Financieros BANSEFI), el sujeto activo de la relación jurídica potestativa no podrá disponer de él.

Cuarto: Durante el desarrollo del juicio de jurisdicción voluntaria para la autorización judicial, se nombrará un tutor especial, con facultades de representación única y exclusivamente dentro de juicio no fuera de él.

En tratándose de los actos dispensados por autorización judicial, existen diversos autores defensores de la tesis, de que no solo la enajenación de bienes inmuebles o muebles preciosos son sujetos de consentimiento por el juez, por el contrario otros actos pueden ser dispensados por la investidura judicial.

En este orden de ideas, el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, señala en su obra “Derecho Civil Familia”, que “difícilmente se trata, en realidad, en todos los casos, simplemente de una prohibición, algunos actos podrán realizarse con la obtención de esa licencia, aplicable concretamente en nuestro concepto a arrendamiento de una duración mayor a cinco años, al arrendamiento de pago adelantado de más de dos años de renta y a la venta de los objetos indicados en dicho precepto a un valor menor del de plaza el día de la venta”.¹¹⁵

Por otro lado, los juristas Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez nos dicen- que “los padres jamás podrán realizar ni con autorización judicial, contratos de arrendamiento por más de cinco años, recibir rentas anticipadas por más de dos años, vender valores, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menor valor al de la plaza del día de la venta, donación de los bienes o remisión de las deudas”.¹¹⁶

Los tres autores coinciden en que la prohibición es determinadamente aplicable a la remisión voluntaria de derechos, al otorgamiento de fianza y a la donación. En los demás actos existe discrepancia en sus opiniones.

Sin embargo, de manera personal considero que la opinión manifestada por Domínguez Martínez, es jurídicamente más sustentable, con base a los argumentos expresados en su obra, pues éstos, atienden básicamente a la necesidad y beneficio del menor. Dichos argumentos son:

¹¹⁵ Op. cit. Pág. 617

¹¹⁶ Op. cit. Pág. 270

- Resulta más conveniente un arrendamiento largo o un adelanto de rentas que una venta para satisfacer las necesidades o beneficios del caso;
- El arrendamiento permitirá conservar la propiedad del bien correspondiente, lo cual representa una razón importante para pensar en esa posibilidad; y
- Si se trata de una venta barata, puede ser ésta la única manera de atender una necesidad de dinero para hacerle frente a una urgencia, como podría ser una operación quirúrgica, de manera que debe prevalecer la salud y hasta la vida comparativamente a la conservación del activo del patrimonio.

Son atinados los comentarios de este autor, pues trae más beneficio económico el poseer una propiedad que el venderla. De igual forma, aún cuando a primera vista pudiera parecer un menoscabo en el patrimonio del menor, el hecho de vender más barato un bien de los mencionados en el artículo a discusión, es menester tomar en cuenta el motivo de este actuar, pues si el origen radica en una necesidad de dinero para enfrentar un problema de salud del menor, estaría fundamentada esta acción por parte de los padres, ya que siempre tendrá un mayor interés el bienestar físico y emocional del primero mencionado que la conservación del patrimonio.

El artículo en estudio está íntimamente relacionado con los artículos 915, 916, 917, 918, 919 y 920 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que a la letra dicen:

ARTÍCULO 915. Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes:

1. *Bienes raíces;*
2. *Derechos reales sobre muebles;*

3. *Alhajas y muebles preciosos; y*
4. *Acciones de compañías industriales y mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos.*

ARTÍCULO 916. Para decretar la venta de bienes se necesita que al pedirse expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación.

Si fuere el tutor quien solicitare la venta, debe proponer, al hacer la promoción, las bases del remate en cuanto a la cantidad que debe darse de contado, el plazo, el interés y garantías del remanente.

La solicitud del tutor se substanciará en forma de incidente con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se dictare es apelable en ambos efectos.

Los peritos que se designen para hacer el avalúo serán nombrados por el juez.

ARTÍCULO 917. Respecto de las alhajas y muebles preciosos, el Juez determinará si conviene o no la subasta, atendiendo en todo a la utilidad que resulte al menor; si se decreta, se hará por conducto del Monte de Piedad; de lo contrario, se procederá conforme al artículo 598.

El remate de los inmuebles se hará conforme a los artículos 565 y siguientes y en él no podrán admitirse posturas que bajen de las dos tercias partes del avalúo pericial ni la que no se ajuste a los términos de la autorización judicial.

Si en la primera almoneda no hubiere postor, el Juez convocará, a solicitud del tutor, curador o de Consejo de Tutelas, a una junta dentro del tercer día, para

ver si son de modificarse o no las bases del remate, señalándose nuevamente las almonedas que fueren necesarias.

ARTÍCULO 918. Para la venta de acciones y títulos de renta se concederá la autorización sobre la base de que no se haga por menor valor del que se cotice en la plaza del día de la venta, y por conducto de corredor titulado, y si no lo hay, de comerciante establecido y acreditado.

ARTÍCULO 919. El precio de la venta se entregará al tutor si las fianzas o garantías prestadas son suficientes para responder de él. De otra manera se depositará en el establecimiento destinado al efecto.

El Juez señalará un término prudente al tutor para que justifique la inversión del precio de la enajenación.

ARTÍCULO 920. Para la venta de los bienes inmuebles del hijo, o de los muebles preciosos, requerirán los que ejercen la patria potestad la autorización en los mismos términos que los señalados en el artículo 916. El incidente se substanciará con el Ministerio Público y con un tutor especial que, para el efecto, nombre el Juez desde las primeras diligencias. La base de la primera almoneda, si es bien raíz, será el precio fijado por los peritos y la postura legal no será menor de los dos tercios de este precio.

Bajo las mismas condiciones podrán gravar los padres los bienes inmuebles de sus hijos o consentir la extinción de derechos reales.

La autorización judicial podrá ser interpuesta por cualquiera de los dos progenitores, o de los que ejerzan la patria potestad.

La emancipación del menor o su mayoría de edad, la pérdida de la patria potestad y la renuncia del usufructo, constituyen las causas de extinción del comentado

usufructo, ésto en atento acuerdo con lo prescrito por el artículo 438 del compendio de leyes civiles citado en repetidas ocasiones.

La legislación civil ampara a los menores sujetos a la patria potestad, ya que, los padres como sujetos activos de este vínculo jurídico, están obligados a rendir cuentas de la administración y entregar los bienes administrados a sus representados cuando termina la patria potestad, como medios de protección del hijo (artículo 439 y 442).

Cuando las personas titulares de la patria potestad tengan un interés opuesto al de los sujetos a ella, serán representados en juicio o fuera de él, por un tutor designado por el juez.

2.6.3 Responsabilidad civil derivada de la administración de los bienes

Del contenido de los artículos 430, 441 y 442 del Código Civil del Distrito Federal se puede ingerir el grado de responsabilidad que los padres tienen en el ejercicio de la patria potestad, tratándose de la administración de los bienes del hijo, por esta razón me permito transcribir dichos preceptos:

ARTÍCULO 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

ARTÍCULO 441. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

ARTÍCULO 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

En este tema Ignacio Galindo Garfias concluye que “las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad, es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen al descendiente, por lo actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se ha extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo”.¹¹⁷

Se entiende por daño la disminución patrimonial del hijo, por lo tanto es vital conocer primero el concepto de patrimonio, éste “el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituye una universalidad jurídica”.¹¹⁸ Por lo tanto, el daño es un menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo, es decir, son las obligaciones a cargo del menor, o sea, deudas.

El perjuicio se considera como la falta de ganancia lícita que debiera haber obtenido el hijo.

¹¹⁷ Op. cit. Pág. 686 y 687

¹¹⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Bienes, Negocio Jurídico E Invalidez”. Op. cit. Pág. 215

2.7 TERMINACIÓN, SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y EXCUSA PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

◆ Terminación

La terminación de la patria potestad se encuentra regulada en el libro primero, título octavo, capítulo III, en el artículo 443 del cuerpo de leyes civiles vigente del Distrito Federal. Según el texto del referido numeral, la patria potestad se acaba:

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 mayor edad del hijo;
- 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 a lo dispuesto por el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles.

Algunas de las fracciones merecen ciertos comentarios.

- La mayoría de edad del hijo sujeto a la patria potestad, hace evidente que se pierda la esencia misma de esta institución jurídica. La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, sin embargo, si aunado al hecho de ser menor de edad se padece alguna enfermedad reversible o irreversible, o

que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse. Obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que los supla (artículo 450 fracción II), al momento de llegar a la mayoría de edad, este individuo ya no se encontrará bajo la figura legal de la potestad, sino de la tutela.

- Al tratarse de la adopción el menor adoptado, rompe de plano con la patria potestad habida con sus progenitores biológicos y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. Automáticamente se colocará bajo la patria potestad del o de los adoptantes.
- El menor no entra en una nueva patria potestad, más bien, cobra vida la figura jurídica de la tutela, misma que ejercerá la Institución pública o privada de asistencia social.
- Aún cuando la legislación no lo establece, también se acaba con la muerte del menor.

◆ **Suspensión**

A diferencia de la terminación de la patria potestad, en la suspensión no se extingue la misma, su ejercicio recae en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal, de éste en los ascendientes de ulteriores grados. Esta suspensión trae consigo la posibilidad de su reanudación.

Las causas de suspensión están expresamente señaladas en el artículo 447, que expresa:

ARTÍCULO 447. La patria potestad se suspende:

- I. *Por incapacidad declara judicialmente;*
- II. *Por la ausencia declarada en forma;*
- III. *Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas nos destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;*
- IV. *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;*
- V. *Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado;*
- VI. *Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente;*
- VII. *En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

Los efectos de la suspensión son temporales, ya que las conductas enunciadas en el precepto legal en comento, pueden variar, es decir, el incapacitado puede gozar nuevamente de capacidad, el ausente puede aparecer, el sujeto con tendencia clara al vicio puede cambiar, los actos que pongan en peligro al menor pueden

desaparecer para en su lugar realizar actos con el fin de satisfacer las necesidades físicas y emocionales del hijo.

Cuando la conducta de uno de los padres o ambos que ejerzan la patria potestad, encuadre en lo previsto por el artículo 440 del Código Sustantivo, se decretará la suspensión de la potestad, únicamente respecto al negocio, actos o hechos, que hayan dado lugar al interés opuesto y para no dejar en el desamparo al menor el Juez de lo Familiar nombrará un tutor especial.

Se contempla otro caso de suspensión, que no está contenido en el supuesto jurídico anterior, está contemplado en el artículo 416 Bis, el cual expresa:

ARTÍCULO 416 BIS. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo a su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

El contenido de la fracción VII del artículo 447, es resultado del decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha cuatro de enero del 2008, por el cual se adicionó ésta fracción.

◆ Limitación

La limitación de la patria potestad, es resultado de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000. Las causas de limitación están expresadas en el artículo 444 bis, del texto siguiente:

ARTÍCULO 444 BIS. La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.

Sólo podrá tener lugar la limitación de la patria potestad en los casos de divorcio o separación, no existe en nuestra legislación civil vigente alguna otra causa de limitación de ésta institución. De igual forma, el artículo 283, establece que en la sentencia de divorcio el juez de lo familiar fijará lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

Cualquier situación que menoscabe la plenitud del libre ejercicio de la patria potestad puede considerarse como limitación a la misma. Será a discreción del órgano judicial la imposición de limitantes a la institución en análisis cuando resulten culpables de conductas calificadas como violentas.

◆ Excusa

Dada la naturaleza jurídica de la patria potestad, esta no puede ser renunciada, pues se trata de una institución obligatoria para los ascendientes y las normas jurídicas que regulan la figura legal materia del presente estudio, son de orden público, porque no pueden ser alteradas o modificadas por la voluntad de los individuos, no se encuentran en un plano de autonomía, constituyen normas

vigiladas expresamente por el estado en beneficio del interés superior de los menores sujetos a ella.

Sin embargo, como reza el artículo 448, puede excusarse esta responsabilidad:

- Cuando tengan sesenta años cumplidos; y
- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

La justificación para no llevar a cabo la obligación de representación y administración del hijo, tiene su origen, si tomamos en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones y deberes de la patria potestad puede ser sumamente fatigoso para las personas agotas ya sea por la edad o por su mal estado de salud. En esta tesitura, el Juez de lo Familiar determinará quien será el encargado de ejercer la patria potestad, en el orden señalado por la ley; si no existe nadie más, se le nombrará tutor.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias precisadas, es una facultad otorgada por la ley, pero no es una obligación de hacer. Quiero decir, que los padres o abuelos aún cuando se encuentren en los supuestos, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para los descendientes. Es una facultad discrecional de los sujetos activos.

2.8 LA FIGURA JURÍDICA DE LA EMANCIPACIÓN COMO FORMA DE TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

2.8.1 Antecedentes en el Derecho Civil Mexicano.

Para entender de manera clara la regulación jurídica de la emancipación en México, es preciso remontarnos al derecho consuetudinario Europeo, en la cual la

figura en estudio fue considerada como una autorización expresa, que capacitaban al menor de edad para la celebración de actos jurídicos, de manera especial para administrar sus bienes y percibir sus productos; sin embargo el menor de edad emancipado, necesitaba de la asistencia de un curador para comparecer en juicio y para realizar actos de enajenación de inmuebles. De igual forma, se conoció la emancipación derivada del matrimonio contraído por el menor.

En el derecho alemán- tal y como lo refiere Rafael de Pina Vara-“la emancipación se considera como un adelanto de la mayoría de edad, el menor emancipado queda completamente equiparado al mayor”.¹¹⁹

La legislación Francesa, instauró un doble sistema para alcanzar la emancipación, por un lado, ésta era obtenida por el menor mediante una declaración expresa de los ascendientes que ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso, con la condición de probar la capacidad del menor para la administración de sus bienes, por otro lado, la alcanzada como efecto del matrimonio, es decir, existían dos fuentes que originaban la emancipación.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, siguieron indiscutiblemente la tradición francesa y española, establecieron ambos sistemas; la emancipación por voluntad de quienes ejercen la patria potestad o por matrimonio del menor y dentro de la emancipación voluntaria, reconocieron la posibilidad del menor a ser habilitado de edad para administrar los bienes, a solicitud del propio menor ante el Juez competente.

Por su parte, la Ley sobre Relaciones Familiares, reguló esta institución, señalando que sólo surtiría efectos respecto de la persona del menor y dispuso

¹¹⁹ De Pina Vara, Rafael. “Elementos de Derecho Civil Mexicano Volumen I”. Editorial Porrúa. Vigésimo primera edición. Mexico. 2000. Pág. 402.

que la administración de los bienes estuviera en manos de los titulares de la patria potestad o del tutor, hasta cumplir la mayoría de edad.

Los menores no podían contraer obligaciones, enajenar o gravar sus bienes inmuebles.

Por ende el Código Sustantivo actual, desde el inicio de su vigencia en 1932, abrazó dos tipos de emancipación; la legal y la judicial.

“La primera de estas emancipaciones estuvo prevista en el artículo 641, según el cual, el matrimonio del menor producía de derecho la emancipación, en tanto que la segunda era conforme lo señalaba el artículo siguiente, actualmente derogado como veremos, por cuyo texto, “los mayores de 18 años que estén sujetos a patria potestad o tutela, tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud en el manejo de sus intereses”.¹²⁰

La emancipación derivada de la iniciativa de los padres o tutores, encuentra su fundamento, en la consideración de los ascendientes de que el hijo o pupilo ya cuentan con un estado de madurez suficiente, con el propósito de ampliar sus derechos y obligaciones.

Por consiguiente, esta ley reguló la emancipación tácita y la emancipación expresa: esta última con sus dos variantes; por declaración de los que ejercen la patria potestad o del tutor, a solicitud del propio menor si ha cumplido 18 años y si prueba ante el juez competente su buena conducta y su aptitud para administrar sus bienes.

El 28 de enero de 1970 se publicó en el Diario Oficial de la Federación las reformas al Código Civil en Materia Común para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal de 1928, por las cuales:

¹²⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *“Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico E Inválidez”*. Op. cit. Pág. 183.

- La mayoría de edad se alcanza después de los tres días de cumplidos los 18 años; y
- La emancipación judicial o expresa fue derogada.

Por lo tanto, en el sistema legal vigente en el Distrito Federal la única forma de emancipación se obtiene de manera tácita como efecto del matrimonio celebrado por el menor.

2.8.2 Concepto de Emancipación.

“Podemos considerar a la emancipación como la situación jurídica en que un menor de edad está, proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o de la tutela general en su caso, y que disminuye su capacidad de ejercicio”.¹²¹

Rafael de Pina Vara le define- “la emancipación es, de acuerdo con el derecho mexicano, una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculte para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en la ley”.¹²²

Manuel Mateos Alarcón apunta- que la emancipación “es el acto jurídico que tiene por objeto liberar al menor de la patria potestad, facultándose para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes”.¹²³

De Pina Vara, cita en su obra a Démofilo de Buen, quien define a la emancipación “como el hecho o el acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de su subrogada la tutela y adquiere la facultad de realizar por sí

¹²¹ Loc. Cit.

¹²² De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 401.

¹²³ Mateos Alarcón, Manuel. “*Derecho Civil Parte Dogmática*”. Editorial Moneda. México. 1990. Pág. 139.

misma los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador”.¹²⁴

Como hemos visto cada tratadista tiene su personal punto de vista jurídico acerca de de la emancipación, sin embargo, aún cuando las acepciones vertidas con anterioridad son diferentes, la sustancia y el fondo de la naturaleza jurídica de ésta es la misma, por lo tanto podemos deducir ciertos elementos indispensables de la figura legal en estudio, como son:

- Es un acto jurídico derivado de la celebración del matrimonio;
- Tiene como consecuencia inmediata, que el menor quede liberado ya sea de la patria potestad o de la tutela;
- El emancipado tendrá la libre administración de sus bienes, pero, está impedido para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles, es decir, no puede llevar a cabo actos de disposición sobre los bienes raíces.

Considero que la emancipación es un acto jurídico de carácter civil derivado del matrimonio del menor de edad, quien de manera automática es liberado de la patria potestad o de la tutela, según sea el caso, sin necesidad de declaración expresa al respecto, otorgándole una capacidad de ejercicio limitada, pues aún cuando puede administrar sus bienes, estará impedido hasta su mayoría de edad, para la celebración de actos de disposición sobre bienes inmuebles.

En virtud de la emancipación se adquiere la capacidad jurídica de que carece el menor de edad, o por mejor decir, ésta reconoce la aptitud para gobernarse por sí mismo.

Ahora bien, de una interpretación de la ley, las personas adquirimos plena capacidad de ejercicio a partir de los dieciocho años, por lo tanto el menor

¹²⁴ De Buen, Démofilo, citado por De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 401.

emancipado goza de una capacidad limitada. Tan es así, que cuando se demanda a un menor en esta situación, éste no podrá comparecer en juicio de manera personal, tendrá forzosamente la obligación de nombrar a un tutor que lo represente en los juzgados, puede ser quien ejercía la patria potestad, es a la libre elección del pupilo.

Viene a constituir un estado intermedio entre la incapacidad absoluta provocada por la minoría de edad y la capacidad limitada como consecuencia de la emancipación, muy conveniente para el menor, pues no pasa de manera repentina de la incapacidad absoluta a la capacidad legal plena, este cambio lo sufre paulatinamente, a tal grado que al llegar el menor a los dieciocho años, ya está preparado para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

Como la emancipación es consecuencia del matrimonio, es necesario analizar los siguientes preceptos legales del Código Civil, mismos que encuentran una íntima relación con el estudio de la presente tesis:

ARTÍCULO 148. Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido los dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre, o en su defecto del tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrán dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

El fundamento de este artículo radica como lo señala Rafael Rojina Villegas en que “la esencia del matrimonio exige el desarrollo corporal y una cierta madurez del espíritu. Por ellos las leyes condicionan el matrimonio a una edad mínima de los contrayentes”.¹²⁵ De igual forma, como la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciséis años para el caso del segundo párrafo y catorce años tratándose del tercero, éstos aún se encuentran bajo la patria potestad de sus padres, razón suficiente para que el consentimiento de los ascendientes sea una condición menester para la celebración de las nupcias, la omisión de dicho permiso provocará la nulidad absoluta del mismo, pues de conformidad con el numeral 235 fracción II, mismo que a la letra dice:

ARTÍCULO 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda;

Precepto legal relacionado con el artículo 156, fracción II, que señala “son impedimentos para celebrar el matrimonio: La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos”.

La falta de este consentimiento trae como consecuencia la nulidad absoluta del matrimonio y por ende la inexistencia de la emancipación, es decir, el menor sigue sujeto a la patria potestad o a la tutela. El ejercicio de la acción de nulidad corresponde exclusivamente a las personas aptas para otorgar dicho consentimiento, y dentro de los treinta días contados a partir del conocimiento del matrimonio.

¹²⁵ Rojina Villegas, Rafael, citado por Arratíbel Salas, Gustavo y Huber Olea, Francisco José. Op.cit. Pág. 123.

ARTÍCULO 153. Quien ejerza la patria potestad, o tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que halla causa justa para ello.

Una vez celebrado el matrimonio en donde los padres como sujetos activos de la patria potestad otorgaron su permiso, no pueden revocar el matrimonio, por ende tampoco podrán revocar la emancipación obtenida por el menor. Al expresar nuestra legislación “*a menos que halla causa justa*”, debe entenderse, que dichas causales deben probarse de manera plena y no ser resultado del simple capricho de los ascendientes.

En la legislación civil actual del Distrito Federal el único medio por el cual un menor puede obtener la emancipación es el matrimonio, de esta forma lo estipula el artículo 641, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

2.8.3 La administración de los bienes por el emancipado.

Es el artículo 643 del compendio de leyes civiles del Distrito Federal el encargado de establecer los lineamientos y condiciones para la administración de los bienes del menor emancipado. Su respectivo texto es como sigue:

ARTÍCULO 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad;

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;*

II. *De un tutor para negocios judiciales.*

Debemos entender, con tal artículo, que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, sin embargo, mientras sea menor de edad, estará impedido para poder llevar a cabo actos de disposición de sus bienes inmuebles, como son enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos, para el efecto, necesitará de manera forzosa la autorización judicial. Para la disposición de sus bienes muebles el menor goza de los más amplios derechos, pues no están limitados por norma expresa alguna.

En tratándose de la fracción II del citado numeral, el emancipado requerirá de un tutor para negocios, es decir, no tiene la suficiente capacidad para intervenir en los negocios judiciales por sí mismo; esto es, carece de plena capacidad procesal, la cual sólo se alcanza al cumplir la mayoría de edad. No puede comparecer a juicio por sí mismo, necesitará de un tutor en calidad de representante para hacer valer sus derechos ante un juzgado.

Los emancipados carecen de capacidad para disponer por medio de actos de dominio de sus bienes de manera libre.

En el mismo orden de ideas el artículo 23 del Código sustantivo civil citado en varias ocasiones, señala de manera expresa que “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”. El sujeto que ha alcanzado la emancipación, si bien es cierto, posee una capacidad de ejercicio mayor al no emancipado, también cierto es que ésta capacidad está limitada, no es plena. Por ende, al no estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles no puede comparecer a juicio.

En esta tesitura, el doctrinario Jorge Alfredo Domínguez Martínez, nos comenta-
“no hay artículo expreso que faculte a los menores casados a esa libre
disposición; además en segundo lugar, a propósito de la capacidad de los
emancipados, podemos recurrir a las disposiciones generales aplicables;

- Es hasta la mayoría de edad cuando quien la alcanza dispone libremente de su persona y de sus bienes, según lo establece el artículo 647 del código;
- Si bien la regla es la capacidad y la incapacidad es la excepción, pues conforme al artículo 1798 del ordenamiento comentado “son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”, precisamente los menores están exceptuados;
- Como menores que son, tienen la incapacidad que en términos generales les señala el artículo 450 de nuestro código”.¹²⁶

El artículo 450 comentado por dicho autor señala lo siguiente:

ARTÍCULO 450. Tienen incapacidad natural y legal :

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que supla.

Con el objeto de profundizar en la medida de lo posible sobre el tema, la incapacidad natural es “la situación en que un sujeto esta independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad

¹²⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “Derecho Civil”. Op. cit. Pág. 185

mental, vicio o factor parecido que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ellos ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas”.¹²⁷

La incapacidad legal, “implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aún cuando en la realidad si pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aún cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico”.¹²⁸

Con estas definiciones considero que el menor emancipado, tiene incapacidad legal para los actos de dominio o disposición sobre sus bienes raíces.

Para acreditar el estado de emancipación, como consecuencia del matrimonio, bastará el acta de matrimonio expedida por el Registro Civil.

Existe una clara contradicción entre lo manifestado por el artículo 173 y el numeral 643 del Código Sustantivo del Distrito Federal, pues el primero a la letra señala:

ARTÍCULO 173. Los cónyuges menores de edad tienen capacidad para administrar sus bienes conforme a lo establecido en el artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales, en términos de lo dispuesto por el artículo 643 de este ordenamiento.

A primera vista, pareciera que el contenido de ambos es igual, pero la norma que precede, manifiesta la necesidad de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar todo tipo de bienes del menor ya sean muebles o inmuebles; por el contrario el artículo 643 del mismo ordenamiento expresa la necesidad de la

¹²⁷ Loc. Cit.

¹²⁸ Ibídem.

autorización judicial cuando el emancipado pretenda enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. Con esta confusión surge la disyuntiva de saber ¿todos los bienes del emancipado necesitan de autorización judicial para su venta, gravamen o hipoteca o sólo los bienes raíces? Considero que la norma suprema para esta cuestión es lo enunciado por el artículo 643, pues ésta regula de manera expresa y específica la emancipación.

2.8.4 Extinción de la emancipación.

El estado de emancipación se extingue únicamente, cuando el menor que ha contraído nupcias alcanza la mayoría de edad, donde se goza de plena capacidad de ejercicio, sin ninguna limitación, ésta le permite al sujeto disponer de manera libre tanto de su persona como de sus bienes, así mismo, le faculta para la celebración y otorgamiento de toda clase de actos jurídicos, ya sea, de manera personal o a través de apoderados.

De acuerdo a nuestro derecho vigente, la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos. En ésta perspectiva, Rafael De Pina Vara, apunta-“el número de años que debe transcurrir para determinar la mayoría de edad no se fija por concesión caprichosa del legislador, sino que se funda en la conclusión de la experiencia, confirmada por la ciencia, de acuerdo con la cual el ser humano, llegado a una edad determinada, según las circunstancias de tiempos y lugares, adquiere el estado de madurez mental y física que le permite gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes”.¹²⁹

Son diversos los artículos del ordenamiento civil en comento, que aluden a la mayoría de edad, entre ellos se encuentran los siguientes:

ARTÍCULO 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establezca la ley.

¹²⁹ De Pina Vara, Rafael. Op. cit. Pág. 405.

ARTÍCULO 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

ARTÍCULO 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

La figura legal de la emancipación, desaparece de manera espontánea al cumplir la mayoría de edad, no requiere declaración judicial alguna.

En relación directa y concatenada con el tema del presente estudio jurídico, resulta apropiado el comentario expresado por Mateos Alarcón en su obra titulada “Derecho Civil Parte Dogmática”, pues señala, “la patria potestad tiene un fin eminentemente moral, que es la educación del hijo (más exacto sería decir, a nuestro juicio, la preparación del hijo para la vida) que por la naturaleza nace en la más absoluta incapacidad física y moral y necesita del auxilio y protección de sus padres. De donde se infiere, que cuando el hijo adquiere la plenitud de sus facultades y puede bastarse a sí mismo para proveer sus necesidades, cesa la causa que motiva la patria potestad y cesa también ésta. En otros términos, la patria potestad se ha establecido para el bien del hijo y no debe durar a la edad en que éste es capaz de todos los actos de la vida jurídica”.¹³⁰

2.8.5 Efectos de la emancipación.

Los efectos de la emancipación son los siguientes:

- Por el hecho de contraer matrimonio el menor se libera de la patria potestad o de la tutela en su caso;
- Aún cuando el emancipado, tiene una libre administración de sus bienes, ésta es limitada, en virtud de que para llevar a cabo actos de dominio o disposición sobre sus bienes inmuebles requerirá de autorización judicial;

¹³⁰ Mateos Alarcón, Manuel. Op. cit. Pág. 141.

- Por lo que trata a los bienes muebles, el menor emancipado goza de la más amplia libertad de administración y dominio, cuenta con la libre determinación para venderlos, gravarlos o hipotecarlos;
- No está en aptitud de comparecer en juicio de manera personal, ya que carece de capacidad de ejercicio plena, para los asuntos judiciales;
- Para solicitar la autorización judicial o intervenir en negocios judiciales, deberá nombrarse tutor, quien podrá ser o no, quien ejercía la patria potestad, antes de la emancipación;
- Está el emancipado en condiciones de celebrar cualquier acto jurídico, de los no prohibidos por el artículo 643 del Código Sustantivo Civil;
- Un efecto más, es que de manera expresa el artículo 443, en su fracción segunda señala, a la emancipación como una forma de acabar la patria potestad;
- De una interpretación a *contrario sensu* del artículo 421 del ordenamiento civil citado con antelación, se desprende que el hijo emancipado, puede dejar la casa de los que ejercían la patria potestad, sin que sea obligatorio el consentimiento de los padres, por no estar sujeto a ella;
- La tutela para asuntos judiciales del menor emancipado, siempre será dativa, “es la que se establece por disposición del juez, a falta de la testamentaria o de la legítima. Presupone que no existe tutor testamentario ni suspendido temporalmente para ejercer el cargo, ni parientes hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima”.¹³¹

¹³¹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Baéz, Rosalía. Op. cit. Pág. 291.

- Atendiendo al principio jurídico de que la emancipación es consecuencia inmediata del matrimonio y éste tiene una función de proteger y conservar a la familia, se puede afirmar que el emancipado tiene derecho a constituir patrimonio familiar en términos de lo enunciado por los artículos 723 y 731;
- Puede aceptar herencia, para acrecentar su patrimonio, sin embargo, no puede repudiarla, salvo los tutores con autorización judicial;
- Se considerarán nulos los contratos o actos de disposición celebrados por los menores emancipados, respecto de enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces;
- Ésta nulidad no podrá ser invocada por las personas con las cuales se contrató, sólo será alegada como acción o excepción por el mismo incapacitado.

2.9 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Los que ejercen la patria potestad pueden perderla cuando su conducta sea de tal gravedad, que éstos resulten contrarios a los deberes morales y jurídicos impuestos por la ley, por tal motivo éstas acciones u omisiones darán lugar a una resolución judicial, en la cual se condene a los padres o abuelos en su caso, a la pérdida de la institución en comento.

Un hecho condicionante de la pérdida es que provenga de una resolución judicial, dictada por un Juez de lo Familiar.

Las causas de pérdida están enumeradas en el artículo 444 del Código Civil, mismo que transcribo a continuación;

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

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código;
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

La pérdida de la patria potestad trae consigo consecuencias de relevante magnitud, tanto para los hijos como para los ascendientes, es por eso que para decretarla es menester presentar medios probatorios de valor pleno, por los cuales el juzgador cuente con la convicción indispensable para emitir su resolución en ese sentido. +La privación del cúmulo de derechos inherentes a la patria potestad, no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto de los hijos, en forma muy especial la de proporcionar los alimentos.

CAPITULO TERCERO.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SU DIFERENCIA CON LA PATRIA POTESTAD.

3. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.

La finalidad del capítulo, será el estudio de la guarda y custodia como una consecuencia derivada de la relación paterno filial existente entre los ascendientes y descendientes, es decir, la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los menores de edad no emancipados, en los casos de matrimonio, concubinato, reconocimiento, nulidad del matrimonio, separación o divorcio.

Aún cuando la guarda y custodia puede provenir de una institución distinta a la patria potestad, tal es el supuesto de la tutela, no entraremos al estudio de ésta en ningún sentido, porque considero, me desviaría del tema central del ensayo.

En páginas anteriores nos enfocamos al estudio minucioso de la patria potestad como piedra angular de análisis, ahora corresponde el turno a la figura jurídica de la guarda y custodia, concepto que encierra una íntima relación con la primera mencionada. De la misma forma en que la patria potestad sufrió diversos cambios hasta convertirse en lo que hoy en día es, la definición de guarda y custodia se ha ido transformando para atender las necesidades impuestas por la sociedad, ya sea, jurídicas, sociales e incluso económicas.

En efecto, la forma actual de concebir la guarda y custodia tiende a enfatizarse como un cúmulo de obligaciones instauradas en beneficio del menor, imponiendo a los progenitores una serie de obligaciones y responsabilidades con el fin de lograr el bienestar del sujeto a la patria potestad.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez nos explica en su obra que “guardar tiene, entre otros significados tener cuidado de un cosa, vigilarla y defenderla y poner una cosa donde este segura. Custodia, por su parte, significa guardar con cuidado y vigilancia. Así pues, la guarda y custodia son conceptos aplicables a quienes tiene como finalidad primordial la protección y la formación de los menores para conducirlos hacia la autosuficiencia que requiere todo mayor de edad en la vida cotidiana”.¹³²

En este orden de ideas cabe mencionar la definición planteada por el Diccionario Jurídico Mexicano, que menciona “por guardar de los hijos se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia. En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela”.¹³³

Felipe de la Mata Pizaña, considera que “la custodia es una institución jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente”.¹³⁴

La guarda y custodia –enseña- Julio López del Carril- “comprende el conjunto de de derechos-función que le corresponden al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, educarlo, asistirlo en las enfermedades, a su corrección, alimentarlo, vestirlo y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”.¹³⁵

¹³² “*Derecho Civil Familia*”. Op. Cit., Pág. 600-601.

¹³³ “Diccionario Jurídico Mexicano”.

¹³⁴ “*Derecho Familiar*”. Op. Cit.,Pág. 257.

¹³⁵ Op.cit., Pág. 344.

En esta tesitura y tomando como punto de partida las definiciones vertidas con antelación, puedo afirmar que la guarda y custodia esta constituida por un conjunto de obligaciones y directrices instauradas a favor y en beneficio de los menores sujetos a la patria potestad o la tutela, ésta se ejercerá de manera simultánea por ambos padres, o por los abuelos paternos o maternos cuando vivan juntos y en armonía, por el contrario, cuando los titulares de la patria potestad se separen o divorcien la institución en comento será regulada y determinada por la autoridad judicial competente o por convenio celebrado entre los progenitores.

El ejercicio en plenitud de la patria potestad trae consigo la guarda y custodia de los menores sujetos a ella, sin embargo, cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos de por medio, ésta se adjudicará a cualquiera de los padres, dependiendo de varios factores, en este momento no obstante de tener la patria potestad sobre el menor no se cuenta con la guarda y custodia, supuestos que en páginas posteriores analizaremos detalladamente.

En relación con el párrafo anterior la reconocida jurista Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña opina que “cuando existe separación o divorcio de quienes ejercen la patria potestad, ambos seguirán teniendo el ejercicio de la misma, y por tanto deberán continuar con el cumplimiento de los deberes que ésta les impone, sin embargo se podrá acordar por convenio entre los ascendientes o por resolución del juez de lo familiar sobre lo relativo a la guarda, la custodia y las visitas con respecto a los menores”.¹³⁶

Puede existir el supuesto de que no sea ninguno de los ascendientes quien tenga la guarda y custodia sino un tercero, como es el caso de la tutela.

Alejandro Cárdenas Camacho-concibe a la guarda y custodia-“como un conjunto de relaciones vinculatorias de los padres con los hijos, que se lleva a cabo

¹³⁶ Op. Cit., Pág. 41.

mediante la guarda que aquellos ejercen sobre éstos. Para dicho autor la Guarda comprende:

- Guarda material o tenencia; inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales, etcétera.); y
- Guarda Jurídica: derecho de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia, etcétera.).¹³⁷

En esta naturaleza, se puede afirmar que la guarda o tenencia material de los hijos se realiza de manera espontánea y habitual, siempre y cuando padres e hijos vivan bajo el mismo techo, es decir, en el mismo domicilio, de lo contrario el cumplimiento de los deberes a cargo de los titulares de la patria potestad o de quien desempeñe la tutela, resultaría de difícil realización. El fundamento legal de dicha aseveración lo constituye lo preceptuado por el artículo 421 del Compendio de Leyes Civiles vigentes en el Distrito Federal:

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

Por otro lado, al hablar de la guarda jurídica, esta equivale al concepto de custodia utilizado en el cuerpo de leyes civiles mencionado con anterioridad, refiriéndose al derecho y obligación de los padres de cuidar y vigilar a los hijos, por el sólo hecho de encontrarse éstos bajo la patria potestad. Dentro de las obligaciones comprendidas por la guarda y custodia, se encuentran la educación, alimentos, cuidado y asistencia, tal y como enuncian los artículos 308, 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹³⁷ Cárdenas Camacho, Alejandro. “Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federa)”. <http://www.bibliojurídica.org/libros/5/22887.pdf>. Pág. 569.

ARTÍCULO 308. Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;*
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;*
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y*
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen integrándolos a la familia.*

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

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

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

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

Expuesto de esta forma los alimentos “tienen por objeto entre padres e hijos, cónyuges, concubinos, adoptante y adoptado, tutor y pupilo, que uno o varios de ellos se proporcionen en caso de necesidad en caso de ser necesario e indispensables para sobrevivir, para su desarrollo pleno. Es a través de este derecho y obligación recíprocos que se protegen fundamentalmente los derechos a una vida plena y a la educación”.¹³⁸

Ahora bien, aún cuando se reconoce el derecho de corregir a los que se encuentren bajo la custodia de alguien, no debe entenderse como un poder excesivo de represión e imposición.

Como lo mencionamos en líneas anteriores los padres que ejercen la patria potestad sobre sus menores hijos, serán responsables de los daños y perjuicios ocasionados por los menores o los que se encuentren sujetos a esta custodia.

ARTÍCULO 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que esten bajo su poder y que habiten con ellos.

En estos casos la obligación de vigilancia radica en evitar o impedir los daños que pueda originar el menor a terceros o así mismo, con un eficaz ejercicio de las obligaciones de educación, corrección y vigilancia.

Para el jurista Manuel Chávez Ascencio-“la patria potestad trae consigo la guarda y custodia de los menores. Esta Guarda y custodia será ostentada por ambos ascendientes, siempre y cuando éstos vivan juntos y de manera armónica. La

¹³⁸ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. Op.cit. Pág. 38.

custodia es el deber fundamental y primordial que hará posible el cumplimiento de los otros deberes que integran la patria potestad. Será imposible, o por lo menos, sumamente difícil, cumplir los deberes que corresponden al padre o a la madre sino tienen la custodia del menor. La guarda y custodia del menor implica en si misma la tenencia material del hijo, vigilancia protección y cuidado no sólo físico si no también espiritual”.¹³⁹

La guarda y custodia puede ejercerse de manera simultánea por los titulares de la patria potestad cuando estos vivan juntos y de manera beneficiosa para el menor, por el contrario, en caso de separación, ésta se podrá atribuir a alguno de los cónyuges o ambos tratándose de la custodia compartida e incluso suele suceder con frecuencia que sea encomendada a un tercero.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA.

La guarda y custodia esta constituida por un conjunto de obligaciones y derechos instituidos en beneficio directo de los menores sujetos a ésta institución, el poder conferido a los padres o a quienes la ejercen esta encaminado al cumplimiento de los deberes tendientes a satisfacer las necesidades de los hijos o el pupilo. El fin encomendado debe alcanzarse observando ciertos lineamientos expresados por la legislación civil.

La figura en estudio, pertenece sin duda al derecho familiar, motivo por el cual su desempeño se encuentra ceñido al interés público. No existe para los titulares, la posibilidad legal de no ejercer el cargo, es decir, no están en la posición de renunciar a su ejercicio.

Todos los actos tendientes a lograr el desarrollo normal de los menores como uno de los fines principales de la custodia, deben perseguir el interés superior de los

¹³⁹ Chávez Ascencio, Manuel. *“La Familia en el Derecho Mexicano (Relaciones Jurídicas Paterno Filiales)”*. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 2004. Pág. 123.

menores, entendiendo por éste, la realización de conductas que hagan posible el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores.

Los hijos como futuro de la sociedad son resguardados y cuidados, es decir, siempre existirá un interés supremo a favor los mismos, pues además su minoría de edad, los hace vulnerables ante cualquier adversidad, por ello las leyes y quienes se encarguen de aplicarlas, deben salvaguardar los intereses de los incapaces.

3.3 SUJETOS.

Nuestros más grandes juristas han señalado la existencia de dos clases de sujetos, que intervienen o forman parte fundamental del ejercicio de la guarda y custodia, esto con el objetivo de identificarlos de manera plena, es decir, los sujetos activos (quien desempeña el cargo) y los sujetos pasivos (aquella persona sobre quien se ejercita o se cumple), por lo tanto haré referencia a cada uno de ellos.

◆ Sujetos activos

Para allegarnos de los elementos necesarios e indispensables para el presente estudio, tomaremos como punto de partida el artículo 414 del Código Sustantivo del Distrito Federal, mismo que a la letra señala:

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en

segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

De la lectura del precepto civil anterior se desprende de manera clara que los llamados a ejercer la guarda y custodia sobre los hijos, en primer término son los padres y sólo a falta de estos los abuelos. Al respecto Jorge Alfredo Domínguez Martínez-comenta- “el llamamiento a los padres y abuelos no es para una participación conjunta, el ejercicio de los padres excluye a los abuelos”.¹⁴⁰

Sustentaré tres criterios distintos con el objetivo inmediato de establecer con mayor certeza, los sujetos titulares de la guarda y custodia:

a) Sujeto que ejercen la guarda y custodia derivada del matrimonio o concubinato:

- Mientras el hijo no nazca, la intervención de la madre, es imprescindible, ya sea para su representación legal en diversos actos jurídicos, como son donaciones, herencias o legados;
- Tratándose de hijos nacidos dentro del matrimonio en donde los progenitores, vivan juntos y en armonía el ejercicio de la guarda y custodia se ejercerá de manera conjunta y simultánea por ambos;
- De conformidad con el artículo mencionado, cuando por cualquier motivo deje de ejercer la guarda y custodia alguno de los padres, corresponderá por ley su desarrollo al otro;
- A falta de ambos padres, ejercerán la guarda y custodia sobre los menores, los ascendientes en segundo grado, es decir, los abuelos paternos o maternos, en el orden que determine la autoridad judicial;

¹⁴⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 593.

- *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 el 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;

En la hipótesis manifestada por el numeral anterior, a pesar de la separación, la guarda material le corresponde a uno de los dos, el otro por su parte, está obligado a contribuir con su alimentación, conservando los derechos de vigilancia y convivencia, es decir, los compromisos impuestos por la guarda y custodia deben darse por satisfechos;

b) Sujetos que ejercen la guarda y custodia por reconocimiento de los hijos;

- Cuando la madre y el padre que viven juntos pero fuera de matrimonio reconocen al hijo, ambos ejercerán la guarda y custodia del menor;
- Si padre y madre no viven juntos y reconocen en el mismo acto al hijo, convendrán cual de los dos ejercerá la guarda y custodia, en caso de conflicto o falta de acuerdo, el Juez de lo Familiar, con audiencia de los padres, del menor y del Ministerio Público, resolverá lo más conveniente, atendiendo siempre al interés superior del menor (artículo 380); y

- Si dicho reconocimiento se llevara a cabo de manera sucesiva por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, con las prescripciones indicadas en el artículo 381 del mismo ordenamiento civil.

c) Sujetos que ejercen la guarda y custodia provenientes de la adopción;

- La guarda y custodia sobre el hijo adoptado, se ejercerá únicamente por las personas que lo adopten.
- La hipótesis planteada en el párrafo anterior se sustenta en los artículos 395, 396 y 410-A del cuerpo de leyes civiles en vigor en el Distrito Federal;

ARTÍCULO 395. El adoptado tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismo derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas no estime conveniente.

ARTÍCULO 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

ARTÍCULO 410-A. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

De igual forma, cuando se han tenido hijos de una relación anterior y se pretende constituir una nueva unión con otra persona, este hecho en nada altera las relaciones jurídicas existentes, dicho en otras palabras, los derechos y

obligaciones que integran la guarda y custodia no se alteran y mucho menos se extinguen, siguen subsistentes en aras del bienestar e interés superior del menor, sin embargo, el cónyuge o concubino con quien se una, no ejercerá la guarda y custodia sobre los menores de la unión anterior.

◆ **Sujetos Pasivos**

La institución jurídica en estudio, solamente puede recaer sobre los menores de edad no emancipados, cuando exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. La guarda y custodia se instituye para la protección y beneficio de los hijos que aún no cumplen la mayoría de edad, pues las limitaciones derivadas de este hecho repercuten de manera significativa en los diferentes campos jurídicos.

Uno de los objetivos primordiales de la presente tesis, es lograr que el lector obtenga un conocimiento amplio del tema a tratar, por esta cuestión, nos avocaremos a definir ¿quiénes son los menores de edad?, ¿Cuál es su regulación en nuestro derecho? Y posteriormente a qué se refiere la legislación al hacer referencia a los menores no emancipados.

En relación directa al concepto de la minoría de edad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en su artículo 34 fracción I;

ARTÍCULO 34.- Son ciudadanos de la República los varones y mujeres, que teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos;

I.- Haber cumplido dieciocho años;

En el mismo orden de ideas el artículo 646 del Código Sustantivo Civil, expresa:

ARTÍCULO 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

De una interpretación armónica de ambos preceptos se puede inferir de manera clara que los menores de edad son aquellas personas menores de dieciocho años. Motivo por el cual no disponen libremente de su persona, ni de sus bienes y se encuentran impedidos para comparecer a juicio de manera personal, es decir, carecen de capacidad.

“En sentido amplio, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derecho y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir los segundos en forma personal y comparecer a juicio por derecho propio”.¹⁴¹

De tal definición se advierte la existencia de dos tipos de capacidad, la de goce (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones), y la capacidad de ejercicio (la facultad de ejercitar derechos y contraer obligaciones en forma personal y comparecer a juicio por derecho propio). Los menores de edad no emancipados aún cuando cuentan con la capacidad de goce, carecen en todo sentido de la de ejercicio.

Sirve de sustento al presente argumento el artículo 23 del Código Civil del Distrito Federal;

ARTÍCULO 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Los menores de edad no emancipados están afectados de incapacidad legal, definiendo a ésta como “aquellas circunstancias independientes de una madurez y

¹⁴¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Inválidez”. Op. Cit. Pág. 166.

plenitud mental, respecto de las cuales, la ley considera, mediante lineamientos generales, que el sujeto está impedido para celebrar actos personalmente actos jurídicos y le niega esa posibilidad”.¹⁴²

El artículo 450 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 450. Tienen incapacidad natural y legal;

I. Los menores de edad;

Ahora bien, por estas razones, los menores de edad necesitan entre tantas cosas más, un representante para poder ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, es imprescindible que los ascendientes, ya sean los padres o los abuelos según corresponda, o incluso un tercero que ostente la guarda y custodia cumplan con este deber, tal y como se desprende de los numerales 424, 425 y 427 del Código.

En tratándose de la emancipación, ésta consiste en el matrimonio contraído por un menor de edad, circunstancia que trae como consecuencia directa la terminación de la patria potestad y la guarda custodia. A *contrario sensu*, para que la guarda y custodia se ejercite sobre un menor de edad, éste no deberá encontrarse en el supuesto de emancipación.

Por todo lo expuesto con antelación, se justifica de manera plena la existencia y ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores de edad no emancipados, es decir sobre aquellos menores de dieciocho años, que no han contraído matrimonio.

¹⁴² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 187.

3.4 FIN Y OBJETO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

3.4.1 Objeto.

El objeto de la guarda y custodia es el cumplimiento de derechos y obligaciones a cargo de los padres y en beneficio de los hijos. Los derechos de guarda y custodia tienen como presupuesto necesario que el domicilio de los menores sea el mismo al de los padres, en el caso de ejercicio simultáneo, en el caso de separación será el domicilio de cualquiera de las dos personas. Esto es así por mandato legal, pues de lo contrario resultaría complicado e incluso casi imposible el acatamiento de todos y cada uno de los deberes pertenecientes a esta figura jurídica.

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

El domicilio donde se ejerza la guarda y custodia debe ser lo más favorable posible para el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores, debiendo procurar que se ejerza en un lugar donde la persona a quien se decretó goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas al éxito de esos fines, en caso contrario el Juez de lo familiar resolverá lo conducente.

Ahora bien, de manera breve pero concisa y de conformidad con La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el treinta y uno de enero del 2000, haré mención de los derechos de los menores, así como las obligaciones de los progenitores en el ejercicio de la guarda y custodia. Aún cuando la presente ley no señale este cúmulo de derechos y obligaciones como integrantes de la figura jurídica en comento, considero que es la más basta y acertada en lo referente al tema, de igual forma complementaré lo que a título personal considere prudente.

Esta ley tiene por objeto, garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y de los niños, entendiendo por éstos, a todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

◆ *Derechos de las niña y de los niños*

- A la vida con calidad, siendo obligación del padre y la madre, de la familia, garantizar a las niñas y niños su sobrevivencia y desarrollo, así como el acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello;
- A una vida libre de violencia;
- A ser respetado en su persona, en su integridad física, psicoemocional y sexual;
- A ser protegido contra todo tipo de explotación;
- A recibir protección por parte de sus progenitores;
- A ser registrado después de su nacimiento, con un nombre y apellidos propios, de conformidad con la legislación civil;
- A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ellos es contrario al interés superior de la niña o niño;
- A poseer, recibir, o tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes servicios y condiciones que posibiliten su desarrollo armónico e integral en el ámbito físico, intelectual, social y cultural;

- Tener accesos a los servicios médicos necesarios, para la prevención tratamiento, atención y rehabilitación de discapacidades y enfermedades;
- A recibir educación de calidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 3° Constitucional;

◆ *Obligaciones de los que ejercen la guarda y custodia:*

- Ambos poseen el mismo grado de responsabilidad al momento de garantizar lo necesario para la subsistencia, salud, educación y otros rubros para el mejor desarrollo del menor;
- Garantizar que no sufran violencia, discriminación, maltrato o explotación en el seno de la familia o en cualquier otro lugar;
- Proporcionar apoyo, cuidados, educación, protección a la salud, alimentación suficiente y adecuada;
- Cumplir con los trámites de inscripción en el registro civil;
- Incentivarlos para que realicen actividades culturales, recreativas, deportivas y de esparcimiento que les ayuden a su desarrollo;
- Guardar costumbres que representen un buen ejemplo para los menores.

◆ *Obligaciones de los sujetos a la guarda y custodia;*

- Honrar y respetar a su padres, no cometer actos de violencia familiar;
- Permanecer en la casa de quienes ejercen la guarda y custodia, hasta la mayoría de edad o cuando se hayan emancipado por matrimonio; y

- Cumplir con el deber que tienen de estudiar y hacerse de una profesión, arte u oficio.

- ◆ *Derechos de los titulares de la guarda y custodia;*

- Tener y conservar la custodia de los hijos o del pupilo en caso de la tutela;

- Tener y conservar la convivencia con éstos;

- Representarlos y administrar sus bienes; y

- Escoger de común acuerdo su educación, ser respetados y honrados por ellos, así como, corregirlos.

3.4.2 Artículo 4° Constitucional.

Para estudiar el tema de los fines de la guarda y custodia, es importante analizar el precepto 4° constitucional, sin embargo pretendo justificar en primer plano la importancia de este numeral con las siguientes bases.

Dicho ordenamiento, constituye el primer mandato del orden jurídico al cual deben ceñirse las normas dictadas por las diferentes entidades federativas, incluyendo el Distrito Federal, en caso de conflicto entre ambas, prevalecerá la norma constitucional, gracias a su carácter de ley suprema.

Todas las leyes aplicables en nuestro país deben encontrar sustento legal en Nuestra Carta Magna, la supremacía de la Constitución se encuentra consagrada en el artículo 133, que a letra señala:

ARTÍCULO 133.- Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma,

celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Cabe apuntar, que el contenido de este precepto constitucional consagra la igualdad jurídica, así como los derechos de los niños y de las niñas, el deber de los padres, abuelos o tutores a conservar y preservar los derechos de los primeros mencionados. Como ley primaria de nuestro país sienta las bases fundamentales sobre las que descansan los derechos y obligaciones de quienes ejercen la guarda y custodia sobre los menores, cimientos que deberán ser respetados y acatados por las legislaciones locales, en este caso en particular por la legislación civil del Distrito Federal.

Su carácter de constituyente-expresa Enrique Sánchez Bringas-la hace suprema respecto del resto de las normas del sistema jurídico que inició. Significa que la norma constituyente determina la validez en la aplicación de las normas constituidas y, al hacerlo, sienta las bases para lograr su propia validez normativa”.¹⁴³

“Por su parte, los órganos del estado que producen y aplican las normas siempre deben fundarse en la constituyente o en las constituidas que deriven de aquella, circunstancia que se traduce en la fundamentalidad de la Constitución”.¹⁴⁴

A continuación, transcribiré el citado artículo constitucional:

ARTÍCULO 4. (Se deroga el primer párrafo, publicado el en Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001).

¹⁴³ Sánchez Bringas, Enrique. “*Derecho Constitucional*”. Editorial Porrúa. 3º Edición. México. 1999. Pág. 190.

¹⁴⁴ Loc. Cit.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Está protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

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

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

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

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

El texto del precepto en referencia merece algunas consideraciones de suma importancia en lo que atañe al presente estudio:

PRIMER PÁRRAFO.- Por lo concerniente a la patria potestad y la guarda custodia, la mujer con el transcurso del tiempo, logra una igualdad jurídica frente al hombre, pues no debemos olvidar, que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, el poder del padre dentro del ejercicio de la patria potestad y por consecuencia de la guarda y custodia era desmesurado, en comparación con la madre, tal y como lo expuse en el primer capítulo de la presente tesis. “Así, es en 1974-dice Raúl Avendaño López- cuando se elevó a rango de garantía individual, la igualdad jurídica entre los sexos, ésto permitió que la mujer se convirtiera en un individuo que gozaba exactamente de los mismos derechos que el varón”.¹⁴⁵ Al ser la familia el núcleo fundamental de toda sociedad, la segunda parte de este párrafo, reviste una protección a la misma, surgiendo de esta forma el contexto del derecho familiar, con todas las relaciones jurídicas paterno filiales como lo es la patria potestad y la guarda y custodia de los menores, entre otras.

Como hemos visto, este artículo, consagra la igualdad entre el hombre y la mujer, cualquier consideración o tendencia que denote preferencia por razón de sexo, tanto en las leyes de las entidades federativas y el Distrito Federal, así como en las resoluciones dictadas por sus tribunales impartidores de justicia, estarán violentando de manera flagrante los derechos humanos y las garantías de los gobernados. Si esto es así, consecuencia de lo estipulado en la Norma Fundamental por excelencia de nuestro país, ¿Por qué los tribunales civiles en tratándose de la guarda y custodia de menores sostienen criterios jurídicos discriminatorios y de desigualdad en contra de los padres varones? La edad del menor es uno de los factores preponderantes para asignar la custodia a la madre, por considerarse que la madre es mejor cuidando a los hijos, situación carente de sustento jurídico, moral y social.

¹⁴⁵ Avendaño López, Raúl. “Comentarios a las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial SISTA S.A de C.V. México Distrito Federal. 2006. Pág. 50 y 51.

El comentario vertido en esta tesitura, se desprende de lo manifestado por el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero del Código Civil, del respectivo texto siguiente:

“Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los niños. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos”.

La Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, en su artículo 9, punto 1, establece que el desarrollo normal de un menor, es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres-en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico, socialización, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco moral y de las buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estéticas y artísticas y las libertades de conciencia y religión.

De la definición proporcionada en el instrumento internacional referido, se aprecia claramente que no se hace distinción alguna entre padre y madre, por lo tanto un normal desarrollo para el niño, le puede ser satisfecho por uno o por otro de los mencionados, tendría razón justificada de existencia la inclinación por la madre cuando se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al menor de algunas de las circunstancias necesarias para su desarrollo.

Del propio texto del artículo 282, se advierte la inclinación hacia la madre en los casos de custodia, por ende, la norma civil en comento desde mi punto de vista, resulta violatoria del artículo 4° Constitucional.

SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO PÁRRAFOS.- En esencia, establecen la obligación constitucional a cargo de padres, ascendientes, tutores y custodios de cumplir con la prestación de alimentos a favor de los menores a su cargo, acciones mencionadas de manera general en el artículo 308 del Cuerpo de Leyes Civiles del Distrito Federal, por lo tanto los deberes de quienes ejercen la patria potestad y la guarda custodia, no solo son disposiciones de carácter civil, responden a una garantía individual del menor. En aras de preservar el pleno ejercicio de los derechos de los niños, el estado, tiene la obligación y facultad de fijar normas tendientes a exaltar la dignidad del menor. “El Poder legislativo tiene la obligación de fijar normas y determinar apoyos a la protección de los menores, incluso establecer instituciones públicas de protección hacia ellos; tenemos inicialmente el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia, el cual se interesa necesariamente a la protección de los derechos de los menores, existen además instituciones privadas y públicas que brindan tal protección a los menores”.¹⁴⁶

Al efecto me permito transcribir una tesis aislada, emitida por nuestro más alto tribunal de justicia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

OBLIGACIÓN DEL ESTADO. 4° Constitucional. Aislada.

ALIMENTOS. FORMA EN QUE EL ESTADO MEXICANO DEBE ACATAR SU OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 4° **CONSTITUCIONAL.** El derecho de los niños establecido en el artículo 4° constitucional, tiene una caracterización de derecho público subjetivo de segunda generación, social y programático, dado que tiene delimitado a los sujetos pasivos (Estado) y activo (niños), así como a la prestación que el primero debe realizar, pero a diferencia de los clásicos derechos civiles fundamentales que por lo general, exigen un hacer o

¹⁴⁶ Avendaño López, Raúl. Op. Cit. Pág. 56.

no hacer del obligado, en el caso de que se trata éste debe efectuar una serie de tareas necesarias para dar vigencia sociológica a las facultades ya que, en caso contrario, se convierten en meros enunciados carentes de aplicación práctica. Ello es así, porque el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del estado como sujeto pasivo, en tanto busca satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y, por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad sociales, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político), ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, elemento sine qua non de las tres generaciones de derechos conocidas, requiere condiciones vida sociopolíticas y personal a las que el Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia, a fin de suministrar las condiciones de accesos al goce del derecho fundamental de los niños. Tal es la forma en que el Estado mexicano tiene que acatar su obligación constitucionalmente establecida de proveer “lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”, y no solo mediante la emisión de leyes que detallen los derechos, como las antes invocadas mismas que también destacan diversas obligaciones estatales.

Tesis Aislada. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo: XXV, Febrero de 2007. Tesis: I.3º. C. 589C. Página: 1606. Amparo directo 442/2006.

De conformidad con el contenido del precepto constitucional mencionado con antelación se desprende de forma fehaciente que el Estado tiene a su cargo una serie de prestaciones de dar o hacer en beneficio de los niños, éstas actividades desplegadas por el sujeto pasivo de la relación se traducen en políticas de bienestar, seguridad y solidaridad para un óptimo desarrollo del menor en los diferentes ámbitos, ya sea político, económico, social, cultural e incluso legal.

Como conclusión de este subtema, podemos citar al doctor en derecho Ignacio Burgoa, quien opina-“la protección del menor ha sido la motivación de varios ordenamientos secundarios en cuanto a su situación civil, penal, educacional y laboral, por lo que, para revestirla con mayor fuerza y respetabilidad se elevó al rango constitucional”.¹⁴⁷

3.4.3 El interés superior del niño

El interés superior del menor, encuentra su sustento en el artículo 4° Constitucional, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal en su artículo 4 y en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículo 282, apartado B, fracción III, 380 y 417 de éste ordenamiento.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989-afirma Jorge Alfredo Domínguez Martínez- “consagra universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado que debe entenderse por tal al decir: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.¹⁴⁸

De lo manifestado por el autor se infiere, que dicho instrumento internacional no especifica de manera transparente el concepto de interés superior del menor, luego entonces, será la propia legislación de los Estados los encargados de concretizar el contenido de éste interés.

¹⁴⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio. “*Las Garantías Individuales*”. Editorial Porrúa. 35° Edición. México, Distrito Federal. 2005. Pág. 276.

¹⁴⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 602.

Por lo anterior acudiremos en primer orden a los diferentes conceptos planteados por diversos juristas reconocidos y por último analizaremos las disposiciones legales vigentes que regulan la figura jurídica del interés superior del menor.

“En todas sus manifestaciones el interés superior del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores en el respeto de sus derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, se considera que el menor deja de ser una mera emanación de sus padres para ser reconocida como persona portadora de dignidad constitucionalmente reconocida, no sólo en el ámbito interno, sino por supuesto también en el internacional”¹⁴⁹.

En un intento de aclarar el concepto de interés superior del menor el jurista López del Carril, señala- “se halla representado por el derecho de éste a su correcta formación física, moral o espiritual para lograr así en el futuro una persona normal, útil así mismo y a la sociedad, cualquiera sea el medio en que se desenvuelva. Por ello el interés del menor hace que éste deba estar y ser ajeno a todo hecho o acto que pueda provocar distorsión en cualquier aspecto y en cualquier momento”¹⁵⁰.

En el mismo orden ideas y siguiendo las pautas comentadas por la profesora Durán Aguayo, el interés superior del menor, consta de:

- El interés del menor será siempre el criterio fundamental en las relaciones de familia en las que el menor se aparte;
- En el resto de las relaciones, el principio del interés superior del menor tendrá una consideración principal; y

¹⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 603.

¹⁵⁰ *Op. Cit.* Pág. 283.

- El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención, y que la zona de inconcreción que posee podrá llenarse con los elementos culturales propios.¹⁵¹

Un último concepto, es vertido por la doctrinaria Stilerman Marta, quien argumenta que “los menores, por sumador indefensión, tanto desde el punto de vista biológico-en lo que atañe a su incapacidad de valerse por sí mismos-como del psicológico-en virtud de la tardía adquisición del lenguaje, en primer término y del pleno desarrollo emocional, en segundo lugar-,ocupan un lugar predominante en la protección jurídica, la que se concreta en un concepto, una veces escrito y otras tácito, el interés supremo del menor, el que ha de tenerse en cuenta en todas las decisiones judiciales que le conciernen”.¹⁵²

Como puede observarse de las definiciones anotadas en torno al interés superior del menor, todas coinciden en la esencia de la figura jurídica, sin embargo, considero prudente llevar a cabo algunos comentarios:

- El interés superior esta compuesto por todos aquellos que contribuyen a mejorar o evitar un perjuicio al menor tanto en su esfera psicológica como psicosocial;
- En el terreno patrimonial, éste se traduce en todo aquello que mejore, incremente o evite un perjuicio económico en los bienes del menor;
- Cuando el interés del menor entra en colisión con el de uno o ambos progenitores, debe darse preferencia al menor;

¹⁵¹ Durán Ayago, cit., Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 603.

¹⁵² Stilerman, Marta. “*Menores, Tenencia, Régimen de Visitas*”. Editorial Universidad. 2º Edición. Buenos Aires. 1992. Pág. 27.

- El interés superior se transforma en una norma suprema y rectora de toda decisión concerniente a los niños;
- Como en el ámbito internacional no se otorga una definición concreta de ésta institución legal, corresponderá a las legislaciones de los países, dotar de contenido a éste principio;

Ahora bien, corresponde el turno de plantear el significado legal, en las distintas legislaciones del Distrito Federal, así se dispone en el artículo 416 Ter:

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;
y

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

Como se puede apreciar de la lectura del precepto en cita, reconoce la existencia de una serie de prerrogativas a favor de los menores, tendientes a lograr el beneficio y normal desarrollo de las niñas y los niños, en un ambiente armónico libre de toda violencia familiar, éste conjunto de derechos deberán ser ponderados por encima de cualquier otro, inclusive el de los mismos padres.

Este precepto legal está relacionado íntimamente con el artículo 4° de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, mismo que a letra menciona:

ARTÍCULO 4.- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

- I. El Interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica el bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.*

Este principio orientará la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de las niñas y niños, y deberá verse reflejado en las siguientes acciones;

- a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionadas con las niñas y niños;*
- b) En la atención a las niñas y niños en los servicios públicos; y*
- c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños.*

El ejercicio de ésta corresponde a la administración pública centralizada y descentralizada del Distrito Federal, los órganos locales de gobierno son los

obligados a instaurar procedimientos e instituciones que garanticen el Interés Superior del Menor.

El interés superior del menor se ve reflejado en distintas disposiciones del Código Sustantivo Civil vigente en el Distrito Federal, considero necesario transcribirlas en la presente tesis, para dejar ver al lector de éste trabajo, la importancia que tiene para el legislador local la regulación de la figura jurídica en cuestión.

Por lo que respecta a la resolución de la guarda y custodia, el artículo 260 prescribe:

*ARTÍCULO 260.- El Juez de lo Familiar, en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atendiendo a las circunstancias del caso y velando siempre por el **interés superior de los hijos**.*

De igual forma la autoridad judicial estará obligada a tomar en cuenta ese interés superior al decidir sobre las modalidades del derecho de visita, con motivo del divorcio de los padres;

*ARTÍCULO 282, Apartado B, fracción III.- El juez de lo familiar resolverá teniendo presente **el interés superior de los hijos**, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;*

Tratándose de la impugnación de la paternidad o maternidad el Juez de lo Familiar deberá acatar el principio, motivo del presente sub-tema;

*ARTÍCULO 336. En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el **interés superior del menor**.*

De no existir acuerdo entre los padres que no vivan juntos, en cuanto a la guarda y custodia, el Juez de lo Familiar resolverá en atención al supremo interés de los hijos;

*ARTÍCULO 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar oyendo al padre, madre al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el **interés superior del menor**.*

Éste principio universal, es determinante para decidir cual de los dos progenitores ostentará la guarda y custodia en caso de separación;

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.*

3.5 CARACTERÍSTICAS.

Ahora, corresponde el estudio de las características más notables de la guarda y custodia

- **Institución de orden público.** Los derechos derivados de la guarda y custodia, son de interés público, pues se ejercitan tomando en cuenta un interés público y no un interés particular. En este orden de ideas Rafael Rojina Villegas-comenta- “los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela”.¹⁵³ Se dice que son normas de orden público, porque no pueden ser alteradas o modificadas por la voluntad de los individuos, no se encuentran en un plano de autonomía, constituyen normas vigiladas expresamente por el Estado en beneficio del interés superior de los menores sujetos a ella. La actitud de proteger, velar, educar, procurar el interés y beneficio de los hijos, en buena medida es consecuencia espontánea de los padres, sin embargo, al Estado como órgano rector le corresponde exigir el cumplimiento de estos.
- **Irrenunciable.** De manera expresa el artículo 448 del Código Sustantivo Vigente, determina que la patria potestad no es renunciabile.

“ARTÍCULO 448. La patria potestad no es renunciabile, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

IV. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

V. Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente su desempeño...”

Los padres no pueden renunciar al ejercicio de la guarda y custodia. No cabe la renuncia porque se trata de derechos-deberes. De acuerdo con el texto del numeral 6° del cuerpo de leyes antes citado “solo pueden

¹⁵³ Op. Cit., Pág. 629.

renunciarse los derechos privados que no afecten directamente a interés público, cuando la renuncia no perjudique derecho de tercero”. los derechos y deberes que la integran están fuera del comercio”.¹⁵⁴

- **Imprescriptible.** “Se puede considerar que en todo el derecho de familia impera la imprescriptibilidad de las acciones y de los derechos subjetivos, así como de las obligaciones correlativas. Este carácter deriva de la naturaleza misma del derecho familiar y en razón de los intereses propios del estado que se tutelan en las distintas relaciones jurídicas a que se refiere esta rama”.¹⁵⁵ La figura de la prescripción funciona de manera básica en las relaciones del derecho privado, en el derecho familiar no tiene aplicación.

- **Temporal.** Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, su duración depende de la minoría de edad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El plazo máximo de ejercicio de la patria potestad con respecto de cada hijo son los dieciocho años cumplidos. Esta tesis encuentra su fundamento legal en el artículo 443 fracción I y II del Código Civil del Distrito Federal. En la patria potestad los derechos subjetivos duran sólo el tiempo de la minoría o incapacidad de los sujetos pasivos.

- **Gratuita.** Su ejercicio no recibe ninguna retribución, salario u honorario.

3.6 ELEMENTOS Y MODALIDADES.

El ejercicio de la guarda y custodia puede sufrir diversas regulaciones, dependiendo a quien se le atribuya y el motivo de tal decisión.

¹⁵⁴ Soto Álvarez, Clemente. Op.cit., Pág. 121

¹⁵⁵ Cicu, Antonio, cit., Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. Pág. 89

Lo más conveniente para el desempeño de esta figura jurídica es que los titulares de la patria potestad, es decir, los padres o abuelos en su caso, vivan juntos, como consecuencia del matrimonio o del concubinato. Esto representará óptimas condiciones para que éstos conduzcan a los hijos por las vías adecuadas de una correcta formación, educación y doten de elementos suficientes a los menores para hacer frente a los retos impuestos por la vida diaria. Supuesto en el cual, la guarda y custodia de los hijos será ostentada por ambos progenitores de manera simultánea.

Con el argumento jurídico anterior, comenzaré por analizar las modalidades de la guarda y custodia derivadas del matrimonio y del concubinato.

◆ **Matrimonio**

No es la intención del que suscribe llevar a cabo un análisis exhaustivo de la institución matrimonial y del concubinato, por no ser el objeto esencial de estudio de ésta tesis, por ende los comentarios vertidos se apegarán únicamente a esclarecer el funcionamiento de la guarda y custodia en los supuestos mencionados.

De conformidad con la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 29 de diciembre del 2009 al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal el concepto de matrimonio a quedado como sigue:

ARTÍCULO 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos de procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Este precepto encuentra una relación inmediata con los artículos 162 y 168 del Ordenamiento Civil en comento, mismos numerales que a la letra señalan:

ARTÍCULO 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

ARTÍCULO 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Tomando como base los numerales citados, es de indicar lo siguiente:

- Con la reforma del 29 de diciembre del año pasado, el matrimonio ya no es considerado un acto jurídico exclusivo de parejas heterosexuales, por el contrario ya contempla la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan nupcias.
- Se profesa una igualdad jurídica entre ambos cónyuges, para cualquier decisión.
- El matrimonio atribuye la paternidad y la maternidad, según lo establece el artículo 324 del Código Civil, como consecuencia de lo anterior el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos habidos del matrimonio, la desempeñaran de manera simultánea ambos padres, por lo tanto decidirán de común acuerdo todo lo conducente a la formación, educación, administración y representación de los hijos.

- En este contexto el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez manifiesta que “En este caso, la actividad que despliegan ambos progenitores, cada uno en las tareas respectivamente realizadas, pretenderá allegarse a los satisfactores requeridos para el logro de su compromiso, en lo cuales están incluidos la atención, el cuidado, el amor, la convivencia y cuanto más condiciones se requieran para el desarrollo buscado”.¹⁵⁶
- En este caso la patria potestad y la guarda custodia convergen en las mismas personas.

◆ **Concubinato**

La definición legal de concubinato nos la proporciona el artículo 291 Bis del Código Civil del Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 291 BIS. Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a que alude este capítulo.

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

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

Esta figura regulada en la legislación civil de nuestro país, ya fue expuesta de manera más detallada en el capítulo segundo del presente ensayo, razón por la

¹⁵⁶ Op. Cit. Pág. 600.

cual, los argumentos en torno a tal, serán breves pero concisos, desde la perspectiva de la guarda y custodia. El concubinato se constituye como una de las fuentes principales de la patria potestad, por ende, la guarda y custodia de los hijos menores de edad, provenientes de esta relación, se ejercerá de manera conjunta y al mismo tiempo, por los ascendientes determinados en la ley, siempre y cuando éstos vivan de manera armónica y juntos. La justificación de tal argumento consiste en lo enmarcado por el artículo 138 quintus, que a la letra señala:

ARTÍCULO 138 QUINTUS.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Se aplicarán para el concubinato todos los derechos y obligaciones pertenecientes a la familia.

Los hijos nacidos en términos del artículo 383 del Código Civil en cita, gozan de los mismos derechos y obligaciones que los nacidos de matrimonio, por lo tanto los padres tienen la obligación de ejercer la guarda y custodia en las mejores condiciones del menor y siempre en aras del interés superior del niño.

Por desgracia y cada vez sucede con mayor frecuencia, la procreación de los hijos no se desarrolla en un ambiente de convivencia armónica entre los ascendientes de los menores, estas diferencias, traen como consecuencia si no inmediata si futura la separación de ambos cónyuges o incluso hasta en el divorcio. “Según un reciente estudio, más de la mitad de las parejas que se han casado en las décadas de los noventa, verán fracasar sus matrimonios y deberán sufrir la separación. Si es verdad, como parece, que el número de divorcios aumenta, es

evidente que también se vean involucrados en ellos un mayor número de niños”.¹⁵⁷

La separación, divorcio o nulidad de matrimonio de la pareja, repercute principalmente en los menores, pues limita y hasta impide la convivencia del menor con ambos progenitores, de tal forma que ya sea de manera individual, conjunta o por resolución judicial de no haber acuerdo entre la pareja, la guarda y custodia será atribuida a uno de los padres o en ocasiones a alguna persona cercana.

Desde esta perspectiva, la ley tiene previstas determinadas resoluciones, atendiendo al caso que se le presente al Juez de lo Familiar.

◆ **Matrimonios nulos.**

Partiendo de ésta misma hipótesis, en tratándose de los matrimonios nulos, por incurrir en algunas de las causales de nulidad reguladas por el artículo 235 de la Ley Civil, se regirá por las siguientes normas:

- Desde la presentación de la demanda de nulidad, se dictarán las medidas provisionales que establece el artículo 282 (artículo 258);
- En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos. Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso. En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público (artículo 259); y

¹⁵⁷ González Reguera, Elizabeth. “Guarda y Custodia del Menor”. <http://www.bibliojurídica.org/libros/5/2287/12pdf> Pág. 185.

- Desde que se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes. Apartado B, fracción II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos (artículo 282, Apartado B, fracción II).

Una vez presentada la demanda de nulidad de matrimonio, el Juez dictará las medidas provisionales pertinentes, por lo que trata a la guarda y custodia de los hijos, sólo mientras dure el juicio. Por medidas provisionales debemos entender “en los casos de crisis matrimonial, la legislación prevé la posibilidad de solicitar y adoptar una serie de medidas provisionales que se establecen para regular la situación de los cónyuges mientras se tramita su procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial y hasta su conclusión. Éstas medidas vienen a regular de forma transitoria la situación familiar, prestando un atención especial a los intereses de los hijos del matrimonio”.¹⁵⁸

De una interpretación correcta de los preceptos sustantivos transcritos se puede inferir lo siguiente, en relación con la guarda y custodia:

- a) La guarda y custodia puede ser designada por ambos cónyuges, atribuyendo ésta a uno o al otro mediante convenio, será una custodia única;

¹⁵⁸ González Reguera, Elizabeth. Op.cit., Pág. 195.

- b) El cuidado material de los hijos, puede ser compartido, es decir, custodia compartida, mediante convenio de los cónyuges (motivo de estudio en el subtema siguiente);
- c) En caso de desavenencia, el Juez de lo Familiar resolverá con fundamento en lo enunciado por el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles, para determinar a quién de los dos progenitores corresponderá la custodia de los hijos menores de edad (análisis que se llevará a cabo en páginas posteriores).

◆ **Divorcio.**

Una de las causas por las cuales se retrasa la separación o el divorcio de una pareja son los niños. No cabe duda que un divorcio afecta principalmente al desarrollo normal de los menores, sin embargo, el presenciar en todo momento las discusiones de sus padres, puede tener mayores consecuencias emocionales para el niño, como crisis nerviosas y depresiones. La solución más coherente, es dar, por terminada dicha relación, porque puede llegar a ser peor una convivencia con insultos, malos tratos, infidelidades y otros aspectos negativos, que finiquitar esa relación, ya sea mediante el común acuerdo de los interesados o por la resolución de la autoridad judicial.

La situación de crisis matrimonial, que deriva en la disolución del vínculo matrimonial, si bien no modifica la titularidad de la patria potestad, salvo lo previsto en los artículos 443 al 447 de la Ley Civil, si puede modificar el ejercicio de la guarda y custodia.

Conviene proporcionar un concepto amplio de la disolución del vínculo matrimonial, para saber sobre que terreno legal estamos entrando, pues de esta figura se desprenden varios preceptos legales referentes a la guarda y custodia de

los hijos, numerales que analizaremos con detenimiento durante el desarrollo del presente

El doctrinario Jorge Alfredo Domínguez Martínez, nos dice que “se trata de una institución cuya finalidad es proporcionar a quienes lo intenta, un estado por el cual la vida en común desaparece para ambos cónyuges o recuperan su independencia, lo cuál tendrá los respectivos alcances fijados en la ley, según regula el divorcio, es decir, como veremos, pudieran limitarse a liberar a los cónyuges o a uno de ellos de la mera convivencia y cohabitación, pero con subsistencia de otros deberes conyugales, o bien, inclusive, como acontece las más de las veces, de extinguir el estado matrimonial por la disolución del vínculo conyugal y la consecuente posibilidad de volver a contraer matrimonio”.¹⁵⁹

“Este término implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad, así como también es la forma legal de extinguir el matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. de acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumplido todos los requisitos legales de procedimiento”.¹⁶⁰

La definición legal esta prevista en el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal, reformado y publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 3 de octubre del 2008;

ARTÍCULO 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges

¹⁵⁹ “Derecho Civil Familia”. Op. Cit. Pág. 319.

¹⁶⁰ “Juicio de Divorcio”. Raúl Juárez Carro Editorial S. A de C.V. Colección Civil 2008.

cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Sólo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

Una vez analizado el contenido de la norma anterior, es preciso pasar al análisis de los demás preceptos relacionados con la guarda y custodia de los hijos, misma que se regirá dependiendo de las actitudes manifestadas por los cónyuges, éstas pueden ser:

- La designación de la guarda y custodia de los hijos será designada de común acuerdo por los cónyuges;
- En caso de conflicto para adjudicar la guarda y custodia a uno de los padres el Juez de lo Familiar resolverá conforme al procedimiento establecido en el Código Adjetivo Civil del Distrito Federal; y
- Con fundamento en el artículo 282, Apartado B, fracción II, los padres pueden acordar la guarda y custodia compartida de los hijos.
- ◆ *Guarda y custodia de los hijos derivado de convenio celebrado entre los cónyuges.*

La tendencia legislativa de ésta época, pretende dar prioridad a la libertad de decisión de los padres, respecto de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, mediante la celebración de un convenio, en el cual se regulará el ejercicio de estas atribuciones, adjudicando el desempeño a uno de

ellos o bien ambos, de forma conjunta, siempre y cuando el contenido sea en atención al interés del menor.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad, o con alguna incapacidad que no los deje valerse por si mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre, en el presente caso, como existe un acuerdo de ambas voluntades, para determinar quien ejercerá este derecho y obligación, nadie más cuestiona tal decisión, el Juez de lo Familiar se limitará a aprobar y ratificar dicho convenio, siempre y cuando éste no se oponga a ninguna disposición legal.

Por ello el artículo 267 fracción I y II del Cuerpo de Leyes Civiles en comento dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 267.- El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando el horario de comidas, descanso y estudio de los hijos;

Este convenio contiene los mínimos requisitos que deberá pactar la pareja en su calidad de cónyuges y como progenitores, no existe impedimento legal alguno para superar los mínimos previstos y se adicione el convenio en beneficio de las partes. El límite a este convenio, se orienta a evitar algún daño o perjuicio para los hijos o para alguno de los cónyuges.

Como las normas del derecho familiar son de orden público y no se pueden dejar libremente al arbitrio de los particulares, los Jueces de lo Familiar estarán obligados a suplir las deficiencias de las partes en el convenio, respecto al punto de los hijos, esta suplencia deberá obedecer al principio universal del interés superior del menor.

Del precepto civil en cita, se desprende la exigencia de que los divorciantes exhiban una propuesta de convenio en donde tendrá que referirse, en su caso, a la guarda y custodia de los hijos o incapaces. Si el convenio es aprobado, se dicta auto de disolución del vínculo matrimonial y no sentencia. En caso de desacuerdo, sólo se dictará sentencia respecto a la disolución del vínculo matrimonial y se dejará para la vía incidental lo que concierne al convenio, en este caso, la custodia de los hijos.

En la fracción II, se hace referencia al derecho de visitas, figura legal que se aplicará a todos los casos de divorcio o separación de la pareja, en los que se vean inmiscuidos los menores, bien sea la designación de la guarda y custodia por mutuo acuerdo de los cónyuges o por resolución judicial emitida por el Juez de lo Familiar. Razón por la cual haré una exposición breve pero concisa del derecho de visita.

Derecho de Visita.

El derecho de visita esta regulado en primer término en la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país el 19 de junio de 1990, de este modo, ya constituye parte de la legislación positiva de nuestro país.

En este plano, el jurista Rogelio Alfredo Ruíz Lugo-comenta- “este derecho de visita está implícito en la relación jurídica paterno-filial, que se cumple en forma habitual y normal al convivir todos en el domicilio conyugal. Al producirse la ruptura familiar por un problema conyugal, surge como una necesidad en beneficio

de quienes ya no conviven en la misma casa. En ese mismo momento se presenta como un derecho separado de la obligación y derecho de vivir en el mismo domicilio para lograr la convivencia familiar”.¹⁶¹

En la obra intitulada *De la Persona y de la Familia en el Código Civil del Distrito Federal*, sus autores señalan que “el derecho de visita es el derecho a convivir con sus descendientes que tiene quien ejerce la patria potestad y no vive con ellos”.¹⁶² Tomando como base los conceptos planteados por los diversos autores, corresponde mi turno para plantear una definición al respecto. El derecho de visita en esta tesitura, es el derecho que le asiste al progenitor de convivir con sus menores hijos, derivado de una separación, divorcio o nulidad de matrimonio y concedido independientemente de los motivos que hayan dado lugar a la disolución matrimonial, subordinado al interés del menor por ser el más valioso y necesitado de la protección, instaurado con el objetivo de fomentar el afecto y la relación familiar del progenitor con el menor.

El menor es el principal sujeto del derecho de visita, pues ésta se instaura en beneficio directo del primero mencionado, se busca su bienestar personal, su desarrollo armónico en lo humano, espiritual y religioso para lograr una formación integral del mismo.

“Como contra-cara del otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores, surge la necesidad de mantener el contacto entre el o los menores y aquel de sus padres con quien no se mantiene la convivencia. El derecho de visitar a los hijos por sus padres es inalienable e irrenunciable pues tiende a la conservación y subsistencia del lazo familiar y afectivo esencial, razón por la cual la privación de las visitas sólo debe obedecer a graves motivos y circunstancias esenciales”.¹⁶³

¹⁶¹ Ruíz Lugo, Rogelio Alfredo. *“Practica Forense en Materia de Divorcio”*. Anaya Editores. México. Distrito Federal. 2009. Pág. 161.

¹⁶² Rico Álvarez, Fausto. Et al., *“De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal”*. Editorial Porrúa. México. Distrito Federal. 2006. Pág. 366.

¹⁶³ *“Menores. Tenencia. Régimen de Visitas”*. Op. Cit. Pag. 149.

Uno de los límites esenciales al derecho de visita es el interés superior del menor, en tal sentido, si el ejercicio del derecho de visitas por quien no posea la guarda y custodia del menor, le es perjudicial a éste, podrá modificarse en la forma de desempeñarse.

El derecho de visitas es imprescriptible y temporal, pues sigue en uso, mientras los hijos sean menores de edad o incapacitados.

Este derecho se encuentra regulado en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 267.- El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

II.-Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comida, descanso y estudio de los hijos;

ARTÍCULO 282, Apartado B, Fracción III;

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

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

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

ARTÍCULO 411.- En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos (sic), cualquiera que sea su estado, edad y condición.

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

El contenido de la norma, fomenta el acercamiento del ascendiente con sus hijos, que aún detentando la patria potestad no tenga la guarda y custodia de los menores. La persona titular de la custodia del hijo, debe permitir en todo momento la realización del derecho de visita, pues ésta, se instaura en beneficio del menor.

ARTÍCULO 416.- párrafo segundo.- Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo (sic) 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 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

ARTÍCULO 417.- En caso de desacuerdo sobre la convivencia 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 escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

De las disposiciones anteriores, nos resta hacer las siguientes apreciaciones:

- La persona que detenta la guarda y custodia del o de los menores, debe permitir el ejercicio libre del derecho de visita, es decir, no debe interferir, con el desarrollo de ésta, por el contrario, en beneficio principalmente del menor, facilitar la relación entre el visitador y los hijos;
- El sujeto principal del derecho de visita es el menor;
- Evidentemente pueden surgir conflictos de intereses-comenta Rogelio Alfredo Ruíz Lugo-entre quienes están dentro de esta relación, que pueden ser los visitadores, quien tiene la custodia del menor o el propio menor. Esta es la razón para que los acuerdos en el convenio sean lo más claros posibles y perfilando el régimen de visitas con seriedad y en interés del menor”.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Ruíz Lugo, Rogelio Alfredo. Op. Cit. Pág. 166.

- En caso de oposición al derecho de visita, el visitador que resulte lesionado porque no le es respetado su derecho, tiene la protección legal y la posibilidad de acudir ante los Tribunales Familiares;
- El contacto entre padres e hijos constituye un derecho que sólo puede ser restringido o suprimido cuando de su ejercicio pueda derivarse un peligro para la salud física o moral de los menores, con el objetivo de que no se deteriore la relación con el progenitor;

El derecho de visita sólo será suspendido o limitado cuando al efecto se aporten las pruebas necesarias y suficientes que acrediten un daño o peligro para el menor;

- En caso de conflicto sobre el ejercicio del derecho de visita, se tomará en cuenta la opinión del menor, pues como principal beneficiado o perjudicado, tiene un derecho propio para expresar su opinión, tomando como punto de partida el artículo 941 TER del Código Procesal Civil.

◆ *Guarda y Custodia por Resolución Judicial.*

Presenta mayor complejidad, atribuir la guarda y custodia a alguno de los cónyuges, cuando entre estos no existe un acuerdo previo sobre quien de los dos será el titular de dicho derecho, o bien, si será una custodia compartida. Ante ésta situación no existe otra alternativa, que la de acudir ante el Juez de lo Familiar, quien resolverá de conformidad con el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

ARTÍCULO 282, Apartado B, fracción II, párrafo segundo y tercero:

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

El Juez de lo Familiar decidirá sobre la guarda y custodia de los menores, una vez agotado el procedimiento enunciado en los artículos 940 al 956 del Capítulo Único, del Título Décimo Sexto del Código Adjetivo Civil.

De no haber acuerdo entre los cónyuges al respecto de la custodia de los hijos, la norma civil determina de manera fehaciente, que tratándose de menores de doce años, corresponderá su ejercicio a la madre:

Excepción: Cuando la generadora de la violencia familiar sea la propia madre o signifique un riesgo grave para el desarrollo normal del menor (recordemos que en el subtema 3.4.2 de éste capítulo se aportó la definición correspondiente).

Considero de suma importancia para el análisis jurídico del tema, llevar a cabo el estudio del artículo 941 Bis del Cuerpo de Leyes citado anteriormente:

- Cuando a petición de parte se presente ante los tribunales familiares una solicitud donde se tenga que resolver de manera provisional sobre la custodia y la convivencia de los niños con sus ascendientes, se dará vista a la parte contraria;

- De existir conflicto, el juzgado señalará fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia de resolución;
- En esta audiencia y de acuerdo a lo previsto por el Código Civil, se deberá oír a los menores, sin embargo, deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal (art. 417 Bis del Código Sustantivo Civil.- 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 el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones en que éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores. Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio del progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor).
- Quien ostente la guarda y custodia tendrá la obligación de presentar a los menores a la audiencia y serán escuchados por el Juez y el Ministerio Público;
- Se ofrecerán y desahogarán las pruebas que las partes aporten, siempre y cuando no sean contrarias a la moral o prohibidas por la ley;
- El Juez de lo Familiar una vez que haya oído al Representante Social y valorado todos los elementos de prueba aportados en juicio, entre los cuales puede incluirse valoración psicológica del menor y de las partes solicitantes de la custodia, resolverá a cual de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad;

- A falta o por imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán para desempeñar el cargo a los ascendientes en segundo grado, es decir, los abuelos, en el orden determinado por el Juez o se le asignará a un pariente, quien contará con las obligaciones y facultades de un tutor;
- Las medidas adoptadas obedecen al interés superior del menor;
- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad, en todo lo relativo a los derechos de guarda y custodia.

En todos los casos sometidos a la jurisdicción del Juez de lo Familiar, el otorgamiento de la custodia de los menores requerirá de un minucioso estudio y balance de las cualidades y defectos de ambos progenitores, en relación directa con la satisfacción de las necesidades fundamentales del menor.

Sólo ante una situación extrema se recurrirá a otorgar la guarda y custodia a un tercero, sea éste pariente o no.

El autor de la obra jurídica denominada Menores, Tenencia y Régimen de Visitas manifiesta que “en todos los casos, pero sobre todo en aquellos en los que no surge en forma manifiesta la convivencia para el bienestar del menor, es preciso equiparar las posibilidades y los riesgos implícitos en la opción de uno u otro progenitor, así como de la eventual elección de un tercero. Se trata de una tarea de neto corte interdisciplinario, único para enfocar cada uno de los aspectos involucrados en la decisión, entre los que sólo es uno, entre los muchos factores a analizar, la edad del menor”.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Op. Cit. Pág. 116.

Al respecto, la legislación civil del Distrito Federal, señala expresamente que los hijos menores de doce años deberán estar bajo la custodia de la madre, salvo los casos de excepciones ya enunciados en líneas atrás.

El Juez tomará en cuenta varios factores a considerar antes de tomar una decisión, respecto de la guarda y custodia de los hijos, como son:

- a) No separar a los hermanos;
- b) Las necesidades afectivas de cada uno de los menores;
- c) La cercanía de otros miembros de la familia, como los abuelos;
- d) La disponibilidad de los padres para poder atenderles mejor o peor;
- e) La dedicación que cada uno de los padres haya tenido hacia con los hijos antes de la separación;
- f) Si alguno de los progenitores padece algún tipo de enfermedad mental, adicción o malos hábitos de vida.

Es una realidad innegable, que en nuestro país la guarda y custodia se otorga en la gran mayoría de los casos a las mujeres, de conformidad con estadísticas proporcionadas por el INEGI.

◆ **La Guarda y Custodia derivada del Reconocimiento**

Al efecto los artículos 380 y 381 señalan lo siguientes:

ARTÍCULO 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia ; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor.

ARTÍCULO 381.- Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

Son varios y diversos comentarios en torno a las disposiciones legales transcritas, tomemos en cuenta los siguientes:

Primero.- Tratándose del reconocimiento existe una estrecha similitud con lo previsto por el legislador para los casos de separación, disolución del vínculo matrimonial o nulidad de matrimonio, respecto del otorgamiento de la guarda y custodia de los menores.

Segundo.- La Guarda y custodia entre el padre y la madre puede ser atribuida a cualquiera de ellos por medio de convenio entre las partes.

Tercero.- Cabe la posibilidad previo acuerdo de los padres de ejercer la guarda y custodia de manera conjunta.

Cuarto.- En caso de desavenencia entre los padres, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, de conformidad con el numeral 941 y 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, claro con la anuencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

Quinto.- Cuando el reconocimiento se haya efectuado de manera sucesiva por los padres, ejercerá la guarda y custodia el que primero reconociera al hijo.

Sexto.- Las normas integrantes del derecho de familia son de orden público, razón por la cual el Juez de lo Familiar podrá modificar el convenio celebrado entre las

partes, cuando existe causa grave o peligro inminente para el normal desarrollo de los menores.

3.7 CUSTODIA COMPARTIDA.

A manera de opinión personal, considero que el nacimiento de la guarda y custodia compartida en la legislación civil del Distrito Federal, es consecuencia inmediata de las transformaciones sociales vividas por cada uno de los actores de la institución familiar, es decir, la tendencia cada vez más fuerte de los progenitores a una igualdad de obligaciones y derechos dentro del núcleo primario de toda sociedad, proporcionalidad incluso ordenada por nuestra Carta Magna.

La denominada guarda y custodia compartida, es una institución regulada en la legislación civil del Distrito Federal, sin embargo, el código sustantivo es omiso, al señalar el significado o concepto de dicha institución familiar, motivo por el cual, es necesario acudir a la opinión de distintos juristas, que nos auxilien en esta labor.

3.7.1 Concepto

Para la jurista española María Pous de la Flor la guarda y custodia compartida es “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex esposos pero aún socios parentales”.¹⁶⁶

Por otro lado, el doctrinario Alejandro Cárdenas Camacho-explica- “en España, el Movimiento de la Condición paterna defiende vigorosamente, la custodia alterna,

¹⁶⁶ Pous de la Flor, María. *“Igualdad Conyugal y Custodia Compartida en la Legislación Española”*. http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/iigualdad_conyugal_y_custodia_compartida.pdf. Pág. 174.

entendida, como la estancia del menor de un año como mínimo y dos como máximo, en la casa de uno de sus padres y después del otro. Según el movimiento, ésta proposición busca considerar prioritariamente el interés de los niños que necesitan el amor de sus dos progenitores”.¹⁶⁷

Para el autor de la obra jurídica “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas”, “la tenencia compartida de los hijos es mirada generalmente con disfavor. La causa de su poca aceptación es que contraría el criterio de estabilidad que, según hemos destacado, tan necesario resulta para un buen desarrollo de los menores. Debe ser una solución excepcional, teniendo en cuenta que significa someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posible incidencia en su educación y futura formación”.¹⁶⁸

Para poder fijar un ejercicio compartido de los menores, es indispensable, como acto previo, analizar las condiciones y características de éstos, y así apreciar de manera objetiva si le será benéfico o perjudicial.

El fin principal de establecer el régimen de guarda y custodia compartida en nuestro sistema judicial, busca la cooperación activa de ambos padres en el desarrollo, educación y formación profesional de los hijos, por lo tanto, se procurará que las medidas y condiciones sobre las cuales se fundamente dicha decisión, se apeguen estrictamente al principio universal del interés superior del menor.

La custodia compartida, alternada o conjunta es una figura jurídica de carácter familiar, instituida en beneficio de los menores, sin embargo, puede presentar, como todo en la vida, ciertas ventajas y desventajas en su ejercicio:

¹⁶⁷ Zanón Masdeau, Luis. Cit., Cardenas Camacho, Alejandro. Op. Cit. Pág. 574.

¹⁶⁸ Op. Cit. Pág. 137.

◆ *Desventajas*

- La falta de armonía y respeto entre los ascendientes es causal determinante para no otorgar la custodia compartida;
- El régimen de custodia compartida puede provocar inestabilidad emocional en los menores; esa inestabilidad se vería reflejada en perjuicio del equilibrio mental del niño, el cambiarlo de domicilio, hábitos de vida y demás, cada quince días, cada mes o por períodos más largos, traerá como consecuencia una sensación de inseguridad e insatisfacción;
- La educación y formación profesional requieren unidad de criterio en la dirección y ello no se logra cuando los hijos cambian periódicamente de directrices, por estar bajo la guarda y custodia periódica de los padres;

◆ *Ventajas*

- Se ve como una forma de garantizar el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales, entre los hijos y los padres;
- Los gastos por concepto de alimentos será repartida con mayor equidad entre los progenitores;
- Exalta el principio de igualdad entre los padres consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vista de que se sienten más relacionados e integrados en el cuidado de los hijos;
- Los padres participan de manera activa y cotidiana en el desarrollo normal de los menores.

La tenencia compartida de los hijos descansa fundamentalmente sobre los principios de corresponsabilidad de los padres y el interés superior del menor, los

antes mencionados estarán obligados a proporcionar a sus hijos, en los tiempos de custodia, los elementos necesarios para el desempeño de sus obligaciones y derechos, procurando en todo momento cuidados, formación física y espiritual en un ambiente idóneo.

La esencia de ésta, es lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor, bajo el auspicio de ambos padres, con el objetivo inmediato de lograr un ambiente saludable y favorable para el pleno crecimiento del hijo, permitiendo a los ascendientes estar en contacto directo con ellos en la toma de decisiones inherentes a su vida, estableciendo un lazo de afecto duradero entre las partes.

En este orden de ideas y una vez analizado lo anterior podemos definir a la custodia compartida, como aquella figura jurídica derivada de la separación, divorcio o nulidad matrimonial de los cónyuges que implica el cuidado y vigilancia directo de un menor, en donde ambos padres comparten de forma equilibrada y en igualdad de condiciones los derechos y responsabilidades inherentes a la patria potestad que ejercen sobre los hijos, en cuanto a la educación, formación, manutención, atendiendo al menor en el desempeño de sus actividades diarias con el fin inmediato de lograr un desarrollo normal de los niños.

3.7.2 Regulación en el Código Civil del Distrito Federal.

La llamada custodia compartida se encuentra prevista en el libro primero, título quinto, capítulo X del Código Civil del Distrito Federal, preceptos que han sufrido reformas, las últimas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha tres de octubre del 2008, tal es el caso de los siguientes:

ARTÍCULO 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; así mismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto

se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

B. Una Vez contestada la solicitud:

II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En cuanto a los términos legales en los que en la actualidad y en nuestro medio la custodia compartida está regulada y tomando como punto de partida la disposición transcrita, es conveniente tener en cuenta los siguientes comentarios:

- De conformidad con lo enunciado por la fracción II, apartado B del artículo 282, la custodia compartida puede derivar de un convenio celebrado entre los progenitores del menor, que se encuentren en alguna de las hipótesis de separación, divorcio o nulidad de matrimonio. En esta tesitura, la demanda o controversia del orden familiar deberá ser acompañada de un convenio, en el cual se podrá acordar de común acuerdo la guarda y custodia compartida de los padres sobre sus descendientes menores de edad, así mismo, el acuerdo de voluntades celebrado entre los progenitores. La ley civil concede a los cónyuges plena libertad para optar por el régimen compartido de custodia;
- Una vez que el Juez de lo familiar revise el contenido del convenio sometido a su jurisdicción, lo aprobará de plano, siempre y cuando, no contravenga disposición legal alguna, es decir, del texto no aparezca daño para los hijos o perjuicio grave ocasionado a uno de los cónyuges;
- Su señoría no tiene atribuciones de modificar de manera automática los convenios presentados en juicio por considerarlos inaceptables, por el

contrario, la denegación del convenio, debe ser un acto fundado y motivado como toda resolución de autoridad, aunado a lo anterior, serán los padres de los niños los encargados de adaptar de nueva cuenta los señalamientos dictados por el Juez;

- El convenio en el cual se proponga la custodia compartida puede ser presentado durante el período que dure el procedimiento civil;
- Indudablemente la guarda y custodia alterna, propuesta por virtud de convenio entre las partes requiere de la aprobación judicial, sin embargo, cabe dejar constancia, que la intención del legislador es respetar la voluntad de los padres en el libre ejercicio de la figura mencionada;

El segundo párrafo del mismo artículo señala lo siguiente:

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor;

Como contrapartida de lo antes expuesto, existe la intervención judicial prevista en el ordenamiento civil del Distrito Federal, para decretar la custodia compartida de los hijos, adolece de ciertos vicios, mismos que se expondrán a través de los comentarios que a continuación y de manera personal manifestaré:

- El numeral en análisis señala la intervención judicial, cuando no ha sido posible un acuerdo entre los progenitores, en esta postura, el Juez de lo Familiar resolverá, de acuerdo a lo enunciado por el título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles;
- En este orden de ideas, no obstante el ser una realidad en la normatividad familiar, la regulación de la misma carece de los elementos necesarios e

indispensables, a través de los cuales mediante un procedimiento judicial, a falta de convenio entre las partes, el Juez otorgue la custodia compartida a los padres. Por desgracia y por falta de técnica jurídico-legislativa, al remitirnos al título décimo sexto del Código Adjetivo de la materia, este no contempla un procedimiento especial, criterios básicos o parámetros que deban seguir los Jueces Familiares para asignar la custodia compartida, del texto del artículo 941, se advierte el procedimiento a seguir para atribuir la guarda y custodia única, no la alterna.

- Resulta increíble y difícil de creer, que si la intención de nuestros legisladores era instaurar una custodia donde ambos padres tuvieran la misma comunicación y afecto con los hijos después de una separación conyugal, y ésta se implantara en beneficio del desarrollo normal de los menores, no se contemplara un procedimiento especial para otorgar la guarda y custodia alterna, en caso de no existir convenio entre los cónyuges.
- Por ende la custodia conjunta es una institución cuestionable, cuando deriva de una sentencia judicial, porque no existen los mecanismos para que el juez determine cuando es conveniente o perjudicial su implementación, y creo yo, responde más al criterio subjetivo del juzgador.
- Por último, si bien es cierto, el código procesal civil, no contempla procedimiento especial alguno para estos casos, también lo es, que del artículo 941 de este ordenamiento e ideas personales podemos obtener y adecuar principios rectores a seguir por los tribunales familiares, para atribuir una custodia en igualdad de condiciones para los padres, cuando uno de los dos pretende la guarda y custodia conjunta y el otro se opone, como tales están los indicados a continuación:

- a) El derecho de los niños a expresar su opinión, respecto a la guarda y custodia compartida, empero, su opinión será valorada en observancia al interés superior del mismo, sin que la autoridad resuelva conforme a lo manifestado por el niño;
- b) Valorar y recabar informes en cuanto a la relación que guardan los progenitores entre sí y hacia los hijos;
- c) Dicha valoración se llevará a cabo por un asistente de menores adscrito al DIF-DF;
- d) El Juez escuchará y valorará la opinión sustentada por el Ministerio Público, en su calidad de representante social;
- e) Recabar informes psicológicos del menor e incluso de los padres;
- f) Valorar todos y cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes en juicio, tendientes a obtener una custodia compartida;
- g) Analizar con detenimiento la relación subsistente entre el padre y los hijos, así como, la dedicación pasada entre el primero mencionado y el último;
- h) Toda resolución debe tener como principio fundamental el interés superior del menor.

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

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

ARTÍCULO 283 BIS.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos. 3-X-08/GODF®

3.7.3 Regulación en los Códigos Familiares de los Estados Libres y Soberanos de Hidalgo, Michoacán, Morelos y Zacatecas.

Dada la importancia innegable que ha cobrado el derecho familiar desde el siglo XIX han surgido distintas tendencias doctrinales conforme a las cuales el Derecho de Familia debe ser estudiado de manera independiente y autónoma del Derecho Civil. Las normas integrantes del Derecho Familiar poseen características distintas, sus directrices son preponderantemente no patrimoniales, irrenunciables, es decir, su cumplimiento no se encuentra sujeto al libre arbitrio de los particulares, de carácter imperativo y de interés público, motivo por el cual se erige como una disciplina jurídica con autonomía plena.

El contenido del Derecho Familiar tiene un marcado matiz de interés público, por lo tanto, los particulares no tenemos la más mínima posibilidad de transgredir, modificar o dejar de cumplir con sus lineamientos.

En este marco, Montero Duhalt –afirma–“con el apoyo de los criterios legislativo (sustantivo y procesal), científico, didáctico y jurisdiccional, permiten determinar si una disciplina jurídica, merece ser considerada como autónoma y al darse éstos favorablemente de la definida, la hacen concluir a favor de esa autonomía. Solo falta para una autonomía plena, la participación legislativa de un código de la materia”.¹⁶⁹

En el mismo sentido en nuestro país los Estados de, Michoacán, Zacatecas y Morelos, en ejercicio de su soberanía estatal han expedido sus Códigos Familiares y la Entidad Federativa de Hidalgo a publicado la Ley Para la Familia, con el objetivo de lograr una independencia legislativa del Derecho Familiar, creando ordenamiento especiales para su regulación, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, pues consideran de vital importancia exista un Código Familiar desvinculado del compendio Civil. Éste Código Familiar contiene

¹⁶⁹ Montero Duhalt, Sara. Citado por Dominguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 56.

normas jurídicas destinadas única y exclusivamente a reglamentar situaciones relacionadas con la familia, pues las hipótesis que prevé, requieren de una total y especial atención por parte del Estado a través de sus dependencias.

La elaboración de éstos Códigos de Derecho de Familia, no significa que se quiera cambiar la estructura básica de la familia mexicana, por el contrario, se aspira a la preservación de ésta como pilar fundamental de la sociedad, a través de la instauración de criterios legislativos, científicos, didácticos y jurisdiccionales como garantía y protección de los derechos primordiales de los integrantes del núcleo familiar.

Ahora bien, una vez manifestado lo anterior, como mera introducción del subtema en comento, pasaré al estudio de la custodia compartida en los diferentes Códigos Familiares de los Estados antes mencionados.

a) Hidalgo;

La Ley Para La Familia del Estado de Hidalgo fue publicada en fecha 9 de abril del 2007, la figura jurídica de la custodia compartida se encuentra regulada en el título tercero, capítulo I, artículo 108, fracción VI.

El texto de la disposición es el siguiente:

ARTÍCULO 108.- Al admitirse la demanda de divorcio según sea el caso, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las medidas siguientes:

Fracción VI.- Dictar las medidas necesarias para poner a los hijos en custodia provisional bajo el cuidado de uno de los cónyuges o de ambos de común acuerdo previa su comparecencia ante el juez. De no ser posible por una situación grave debidamente probada que no permita tener la custodia de los hijos al

cónyuge que pide el divorcio, propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente. El juez en auto resolverá lo conveniente.

El artículo transcrito nos da la oportunidad de realizar los siguientes comentarios:

- La custodia compartida regulada en el Estado de Hidalgo sólo puede tener lugar por mutuo acuerdo de los cónyuges, previa su comparecencia ante el Juez de lo Familiar. Es elemental advertir que para la legislación de dicho Estado la tenencia compartida de los menores no puede derivar de una resolución judicial.
- La única fuente de la guarda y custodia compartida es el acuerdo de voluntades de los padres, manifestada mediante un convenio, pues se deja a éstos la libre decisión de optar por el régimen en comento.
- Este convenio requiere del beneplácito de la autoridad judicial para que tenga plena validez, el juez jurisdiccional no podrá oponerse a la custodia compartida salvo que este importe peligro para el normal desarrollo del menor.

Resulta evidente la intención del legislador de que el ejercicio de la Guarda y Custodia Compartida emane meramente de los padres en aras del interés superior del menor, pues el juzgador difícilmente podría contar con los elementos necesarios para imponer este régimen de custodia, los progenitores en la mayoría de las ocasiones son los más indicados para llevar a cabo las acciones orientadas a alcanzar el normal desarrollo de los hijos.

La tenencia compartida de los hijos sólo puede aceptarse cuando las partes están de acuerdo con ella y no resulta dañino al interés de los menores, sin embargo, es indispensable tomar en cuenta las características del menor a efecto de establecer si esta tenencia le será positiva o no.

b) Michoacán;

El Código Familiar Para el Estado de Michoacán de Ocampo dedica en el Libro segundo, título Décimo, un capítulo Único denominado “De la Custodia de los hijos”, consta de cinco artículos, mismos que me permito transcribir a continuación:

ARTÍCULO 423.- Para los efectos de este Código, se entiende por custodia la guarda y el cuidado del menor, ejercida de manera directa por una de las personas a quienes la Ley establece el ejercicio de la patria potestad.

ARTÍCULO 424.- Cuando los progenitores de un menor de edad se encuentren separados, uno de ellos asumirá la custodia material de aquél.

ARTÍCULO 425.- Los progenitores podrán convenir acerca de cuál de los dos ejercerá la custodia del menor; en caso de discrepancia corresponderá al Juez de primera Instancia el establecer a quién corresponde ejercer tal prerrogativa.

ARTÍCULO 426.- La determinación judicial en torno a la custodia puede ser objeto de modificación atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

ARTÍCULO 427.- En toda determinación judicial sobre custodia deberá tomarse en cuenta como aspecto primordial el interés superior del menor y se le escuchará en torno a ello, siempre que su edad y condiciones lo permitan.

Durante el trámite respectivo, se designará tutor especial al menor.

Como es de observarse, este Código Familiar no contempla el supuesto jurídico de la custodia compartida motivo de estudio del presente apartado, por ende, no ahondaré más en su exposición.

c) Morelos;

La Legislación de Morelos reconoce la institución de la custodia compartida o también denominada responsabilidad parental conjunta a través del mutuo acuerdo de los padres al momento de optar por ésta. El objetivo es aumentar la responsabilidad de los padres y fomentar el ejercicio de la institución en análisis. Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre.

Los preceptos legales 221 y 223 del Código Familiar contienen la presentación de la custodia compartida, su texto es como sigue:

ARTÍCULO 221.- CONTROVERSIA ENTRE LOS OBLIGADOS. En el caso de controversia entre los obligados, se deberán poner 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 guarda y custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, debiendo tomar siempre en cuenta la opinión del menor.

ARTÍCULO 223. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. La sentencia definitiva 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 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 ascendiente 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 aquéllos, así como que no 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.

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

Del contenido de las disposiciones transcritas tengamos en cuenta lo siguiente:

- La posición de los legisladores del Estado de Morelos, es dotar a los padres de libre alternativa para decidir respecto a la custodia de los hijos, no de imponer ningún modelo en particular de tenencia.
- La responsabilidad parental conjunta reglamentada en el Código Familiar del Estado es en primer orden por acuerdo mutuo de los progenitores con la finalidad de compartir autoridad, derechos y responsabilidades de los padres hacia con sus hijos después de la ruptura matrimonial sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales en la vida cotidiana de los menores. Dicho acuerdo se hace firme mediante sentencia ejecutoriada.
- La intervención judicial es en primer orden para ratificar o no el acuerdo de los padres, atendiendo siempre al interés superior del menor y su sano desarrollo emocional, en caso de que no exista acuerdo entre los progenitores la custodia compartida se dirimirá por medio de un proceso litigioso, en el cual el Juez de lo Familiar deberá tomar en cuenta la opinión del menor.
- Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre.

En general, considero que la redacción de los textos antes descritos es buena, sin embargo, es preciso realizar los siguientes comentarios:

En el caso de controversia ocasionada por separación de los padres se establece la exigencia de un acuerdo mutuo para una custodia conjunta, empero, no se expresa la ineludible obligación de presentar un esquema en el cual se precise los términos y condiciones en que se ejercerá la responsabilidad parental conjunta.

La vía más adecuada para obtener la tenencia compartida de los hijos es el mutuo acuerdo, pues existen múltiples estudios psicológicos, sociológicos y pedagógicos que han demostrado que sería lo más acertado para la familia pero sobre todo para el menor.

La imposición de éste régimen como consecuencia de un juicio litigioso entre ambos padres, sería como abrir la caja de pandora, con todo su contenido, es decir, durante la secuela procesal la única víctima serían los niños. El fallo emitido por el Juez de lo Familiar estará en contra de la intención de uno de los progenitores de modo que en estos casos la Custodia Compartida no redundaría en beneficio del menor.

La ley es muy clara al señalar la necesidad de tomar en cuenta siempre la opinión del menor, sin embargo, resulta insuficiente, debe tomarse en cuenta entre otras cosas, la disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos, la interacción de éstos con la familia en general, la adaptación del menor a ambos hogares, costumbres y reglas del entorno social, antecedentes de violencia de cualquiera de los padres así como la valoración de los informes periciales que se practiquen tanto en la persona de los padres como en los hijos sujetos a la custodia.

Es obvio que si ninguno de los padres desea el régimen de custodia compartida, no se puede imponer por el Juez de lo Familiar.

d) Zacatecas.

El Código Familiar del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, publicado en el Periódico oficial el día 10 de mayo de 1986, prevé en su Libro segundo, Título Primero, capítulo XIV, artículo 234, lo siguiente:

ARTÍCULO 234.- Mientras que se decreta el divorcio, al admitir la demanda el Juez, y en los casos que lo considere pertinente, con el auxilio de la instancia de mediación del Poder Judicial del Estado, de oficio dictará provisionalmente las siguientes medidas:

Fracción V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona a cuyo cuidado deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, con audiencia del otro cónyuge resolverá inmediatamente designando la persona que crea conveniente en caso de no ser aceptada la propuesta.

La custodia compartida se otorgará para proteger el interés superior del niño y solamente cuando exista común acuerdo entre los cónyuges. Presentará un plan de custodia compartida especificando en qué términos y condiciones va a ejercerse el derecho de convivencia de los hijos, respetando los horarios de alimentación, estudio, descanso y condición de salud de los niños.

Fracción VII. Los hijos quedarán bajo el régimen de custodia compartida, salvo que no convenga al interés superior del niño, quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable. El Juez, en protección a los derechos de los niños, podrá disponer lo que considere más beneficioso para ellos, tomando en cuenta lo dispuesto en la fracción que precede y por la Ley Estatal de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes. Si los dos cónyuges fueren culpables, los

hijos quedarán al cuidado de los ascendientes a quienes corresponda la patria potestad en defecto de los padres; y si no los hubiere se les nombrará un tutor.

De conformidad con la redacción del precepto en cita, podemos apuntar lo siguiente:

- La custodia compartida, señala el ordenamiento familiar, solamente tendrá lugar cuando exista acuerdo mutuo entre los cónyuges. En contraste con los demás ordenamientos analizados en páginas anteriores, éste determina de manera expresa como única posibilidad de instaurar la institución de la custodia conjunta el convenio entre los padres, aunado a lo anterior y de una interpretación correcta de dicho numeral rechaza la idea de que pueda ser producto de una resolución judicial.
- Instituye la obligación a cargo de los padres de presentar un plan de custodia compartida, en el cual se detalle las condiciones y términos bajo los cuales se desempeñara tal encomienda.
- **Excepción:** La custodia compartida podrá ser rechazada por el Juez de lo Familiar, cuando su ejercicio no convenga el interés superior del menor.

De forma personal apuesto a que el ordenamiento Familiar del Estado de Zacatecas es por mucho el más acertado en cuanto a la regulación de la coparentalidad, por lo argumentos antes expuestos.

3.8 OBLIGACIONES DE CRIANZA DERIVADAS DE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA CUSTODIA.

El ejercicio de la patria potestad trae como consecuencia, de acuerdo a lo señalado anteriormente, un cúmulo de obligaciones y prerrogativas, instituidas en beneficio de los menores sujetos a la autoridad paterna. En este orden de ideas las obligaciones de crianza, son una serie de derechos establecidos en favor de

los menores de edad que tienen como finalidad el bienestar físico, psicológico y sexual de éstos, los titulares de la patria potestad o la guarda y custodia se encuentran constreñidos jurídicamente a cumplir con dichas obligaciones.

Para continuar con el presente estudio considero necesario plantear una definición general de obligación, al respecto, el tratadista Rafael Rojina Villegas, nos explica- “tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor”.¹⁷⁰

Por otro lado, en términos comunes la “crianza”, se refiere al modo en que los padres deberán educar, guiar, corregir, representar, fomentar hábitos adecuados de vida, alimentación y desarrollo intelectual, incluso marcar límites a las conductas de los hijos, todo ello en beneficio del menor.

Como glosa de los conceptos vertidos y de la regulación actual podemos dejar asentado lo siguiente:

- Los que ejercen la patria potestad o la guarda y custodia tienen el carácter de deudores, los menores de edad, sujetos a estas instituciones son llamados acreedores.
- El vínculo jurídico que nace entre los acreedores y deudores de las obligaciones de crianza tiene como fuentes el matrimonio, el concubinato, la adopción, la nulidad de matrimonio, la separación o el divorcio. Incluso la tutela, en tratándose de la guarda y custodia.
- El acreedor está facultado para exigir del deudor el cumplimiento de una serie de prestaciones, de conformidad con las leyes del Distrito Federal.

¹⁷⁰ Rojina Villegas, Rafael. “*Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*”. Editorial Porrúa. Vigésima edición. México. Distrito Federal. 2004. Pág. 3.

- Los sujetos activos de la patria potestad o de la guarda y custodia deben cumplir con las obligaciones de crianza aún cuando no vivan en el mismo domicilio de los sujetos pasivos.
- El artículo 414 Bis del Código Sustantivo, señala como obligaciones de crianza las siguientes:
 - a) Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
 - b) Fomenta hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
 - c) Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor; y
 - d) Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.
- ◆ En términos del precepto legal en referencia, se considera incumplimiento de tales obligaciones, cuando los ascendientes o quien detente la guarda y custodia sin justificación, de forma permanente y sistemática no lleve a cabo las conductas y prácticas ordenadas en el mismo artículo; situación que el Juez de lo Familiar valorará al momento de emitir la resolución judicial correspondiente, en torno a la suspensión de la patria potestad, determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, así como el régimen de convivencia.

Excepción: No se considerará incumplimiento de las obligaciones crianza, cuando cualquiera de los padres no ejecute dichas acciones como consecuencia inmediata de jornadas laborales extensas.

3.9 SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Existen diversas causas por las cuales el ejercicio de la guarda y custodia pierda vigencia, es decir, cesen las obligaciones y derechos a cargo de los titulares de esta institución, los orígenes son variados, como distintos son también las consecuencias.

“La guarda y custodia-apunta Montero Duhalt-puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad y por tanto la de la Guarda y Custodia; en este último caso, se extingue totalmente por el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona”.¹⁷¹

◆ **Suspensión.**

La hipótesis de suspensión de la guarda y custodia, encierra en sí misma la posibilidad de su reanudación. Esta suspensión se impone cuando los progenitores, ya sean padres o abuelos, según corresponda, o un tercero quien guarde y custodie al menor, incurra en los supuestos enunciados en el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, si bien es cierto, el numeral en comento señala las causas de suspensión de la patria potestad, considero pueden ser aplicables de manera exacta a la figura jurídica en estudio, incluso me atrevo a decir, que resultaría más acertado enunciarlas en la legislación como causas de suspensión de la guarda y custodia.

ARTÍCULO 447.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

¹⁷¹ Montero Duhalt, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. México. 1990. Pág. 344.

- II. *Por la ausencia declarada en forma;*
- III. *Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen a causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;*
- IV. *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;*
- V. *Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal o de parientes por consanguinidad hasta por el cuarto grado.*
- VI. *Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.*
- VII. *En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

La fracción VII al artículo 447 del Ordenamiento Civil se adicionó mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha cuatro de enero del 2008.

La suspensión es de carácter transitorio, puede revocarse una vez modificada la causa que dio origen a la misma.

◆ **Pérdida.**

Ahora bien, en nuestro derecho la guarda y custodia se pierde cuando aquéllos a quienes se encarga su desempeño llevan a cabo una conducta de gravedad importante contraria al interés superior del menor y a los deberes impuestos, por ende se condena a la pérdida de la custodia mediante una resolución judicial. La pérdida sólo podrá decretarse por un Juez de lo Familiar, a través de una sentencia.

La legislación civil para el Distrito Federal contempla, en su artículo 444°, cuáles son los supuestos o causas por las cuales se pierde la patria potestad y como consecuencia la guarda y custodia de los menores.

ARTÍCULO 444.- La patria potestad se pierde por resolución:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;*
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283 de este Código;*
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor; 2-02-07/GODF;*
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;*
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;*

- VI. *Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y*
- VII. *Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.*

La ley contiene-señala Jorge Alfredo Domínguez- una enumeración limitativa de las causas de pérdida de patria potestad; sin embargo, para el caso de una conducta no prevista en las fracciones de la II a la VII del precepto indicado, aparece en escena la mismísima fracción I que permite a la autoridad judicial condenar conductas tan graves como las indicadas expresamente pero no previstas.¹⁷²

◆ **Extinción.**

De conformidad con el derecho civil vigente en la Ciudad de México, son cinco las causas de terminación de la patria potestad, mismas que son aplicables a la guarda y custodia.

ARTÍCULO 443.- La patria potestad 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 mayor edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo;

¹⁷² "Derecho Civil Familia". Op. Cit. Pág. 623.

- V. Cuando el que ejerce 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 disposición transcrita invita a algunos comentarios:

Primero: De lo manifestado por la fracción I del precepto en cita, la muerte de quien ejerce la patria potestad, bien porque éste haya sido el último capacitado para hacerlo, bien sea por ya haber muerto los otros ascendientes a quienes pudiera corresponderles o se encontraren en algún supuesto por el cual la perdieran o suspendieran, el menor no podrá quedar en desamparo total, motivo por el cual aparece en escena la tutela, ya que al extinguirse la patria potestad por muerte de quien la ejercía de forma automática se pierde también la guarda y custodia. Sin embargo, aún cuando el tutor no tiene la patria potestad sobre el pupilo si cuenta con el derecho de guarda y custodia sobre la persona y bienes del menor, es un cargo de interés público y de ejercicio obligatorio. Congruente con lo anterior es el artículo 449, que establece expresamente que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de quienes no estando sujetos a la patria potestad carecen de capacidad para gobernarse por sí mismos, así como la representación legal del incapaz cuando así lo establece la ley. En pocas palabras, la muerte de quienes desempeñan tal función, no presupone la extinción de la misma, pues en este caso, forzosamente se nombrará tutor, quien ejercerá la custodia de los menores.

Segundo: Con la emancipación del menor de edad se extingue la guarda y custodia, por otro lado, al no ser considerado con capacidad legal plena, por ley necesitará de un tutor para negocios judiciales.

Tercero: En circunstancias normales, la entrada de los hijos a los 18 años, supone la terminación de la patria potestad y por ende la custodia que sobre ellos se ejercía, por el contrario si al alcanzarse la mayoría de edad, el sujeto padece alguna situación que afecte su salud física o mental, la guarda y custodia estará a cargo de un tutor.

Cuarto: La adopción del menor, presupone la terminación de la guarda y custodia entre el menor y sus progenitores, pero el adoptado pasará a estar bajo la de su o sus adoptantes mientras se mantenga en la minoría de edad.

Quinto: La guarda y custodia del menor termina por propia decisión del ascendiente, las instituciones públicas o privadas de asistencia social, fungirán como tutores y deberán cumplir con la custodia legal del menor, cuando dichas instituciones entreguen al menor en adopción, los adoptantes serán titulares de la patria potestad y por lo tanto, éstos tendrán la guarda del menor adoptado.

Considero relevante manifestar al lector, que en materia de terminación, la patria potestad y la guarda y custodia tienen una gran diferencia, mientras en la primera el término presupone su extinción total, pues nadie más podrá ejercer dicho cargo por derivarse de la relación paterno filial, en la segunda se encomendará su ejercicio a través de la figura jurídica del tutor, quien llevara a cabo la función de guarda del menor, es la misma institución con derechos y obligaciones instaurados en beneficio del pupilo.

3.10 LA PATRIA POTESTAD Y SUS DIFERENCIAS CON LA GUARDA Y CUSTODIA.

Como lo mencione en líneas anteriores el Código Civil para el Distrito Federal, no define la figura de la guarda y custodia y tampoco ofrece un concepto legal de la patria potestad, situación que ocasiona un sin número de confusiones entre ambas instituciones, pues no aporta los elementos necesarios para determinar el

contenido de cada una y por lo tanto saber a ciencia cierta donde acaba una y comienza la otra. Por lo anterior me permito ofrecer ciertas consideraciones personales en cuanto al tema:

- En primer lugar encontramos que la patria potestad es una figura jurídica derivada únicamente de la relación paterno-filial existente entre ascendientes y descendientes menores de edad o del vínculo entre adoptado y adoptante. La guarda y custodia no encuentra su origen necesariamente en la filiación, sino que puede ser resultado de una resolución judicial o por el acuerdo de voluntades de los progenitores a quienes toca su ejercicio;
- Los únicos sujetos activos de la patria potestad son los progenitores o los abuelos paternos o maternos, según determine el Juez de lo Familiar, en el caso de adopción, el adoptante será el sujeto titular de la prerrogativa en cuestión, fuera de estos sujetos, nadie puede ostentar la mencionada institución. Por el contrario la custodia de un menor es atribuída a los progenitores, al adoptante en caso de adopción, o incluso a un tercero, supuesto en el cual entraría a escena la figura legal de la tutela;
- De igual forma, el ejercicio en plenitud de la patria potestad trae consigo la guarda y custodia de los menores sujetos a ella, sin embargo, tratándose de una separación o un divorcio, ésta se adjudicará a cualquiera de los padres, por ende no obstante de tenerse la patria potestad sobre el menor no se cuenta con la guarda y custodia,
- En la mayoría de los casos la guarda y custodia de un hijo es una prerrogativa de la patria potestad, empero, no siempre la función de la segunda, presupone el ejercicio de la primera mencionada.

- La existencia de la guarda y custodia no deriva necesariamente de la patria potestad, puede ser consecuencia inmediata del desempeño de la tutela;
- Otra diferencia determinante entre ambas figuras es que, la custodia puede ser transmitida por convenio entre las partes que deban ejercerla e incluso puede delegarse a personas distintas, sean éstas físicas, como lo serían parientes, o morales, como instituciones públicas o privadas. La patria potestad no es transmisible;
- Por otro lado, para llevar a cabo el cometido de la patria potestad no es necesario un acto jurídico previo para declarar que los padres gozan de este derecho-función, en cambio, en tratándose de la guarda y custodia en caso de separación, nulidad de matrimonio o divorcio, deberá sustanciarse un procedimiento judicial, en el cual el Juez de lo Familiar determinará quién de los dos progenitores ejecutará los actos de cuidado y vigilancia sobre los hijos;
- Constituye otro punto de divergencia, el hecho de que en la patria potestad sus fuentes son el matrimonio, concubinato, filiación y adopción, de la guarda y custodia son el matrimonio, concubinato, filiación, adopción y la tutela; y
- Por último, es que la custodia comprende la tenencia material del hijo para cumplir con el cúmulo de derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física, espiritual, vigilancia y estrecha cercanía con los menores, mientras la patria potestad comprende la representación de los que están bajo ella, así como la administración de sus bienes.

CAPÍTULO CUARTO.

4. PROPUESTAS DE UNA MEJOR REGULACIÓN EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y GUARDA CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al momento en que inicié la presente tesis, tenía en mente una sola propuesta de modificación en el Código Civil del Distrito Federal por lo que respecta a la patria potestad y la guarda custodia, sin embargo, al desarrollar cada uno de los capítulos medulares de esta investigación, me percaté de la necesidad inexcusable de exponer no uno, sino dos proyectos de reforma a nuestro ordenamiento Civil.

Las propuestas sugeridas son las siguientes:

- ◆ La necesidad imperante de la creación de un Código Familiar para el Distrito Federal, independiente del Ordenamiento Civil;
- ◆ Reforma a los artículo 282, apartado “B”, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, respecto a la Custodia Compartida y la Custodia Única;

4.1 Creación de un Código Familiar para el Distrito Federal para una correcta sistemática jurídica.

Justificación de la Propuesta.

El tema de estudio de la presente tesis es la patria potestad, institución jurídica que se encuentra íntimamente relacionada con el concepto socio-jurídico de familia, concepto y organización que está regulado en el Ordenamiento Civil del Distrito Federal. La patria potestad es considerada como una institución de lo familiar a la cual corresponde regular los derechos que los ascendientes tienen

respecto de la persona y de los bienes de sus descendientes menores de edad, para poder dar cumplimiento a las obligaciones que su situación les impone. La patria potestad sólo pueden ejercerla los ascendientes sobre la persona y bienes de los descendientes, nadie más puede tener la potestad de un menor, sino es un familiar directo, como los padres o los abuelos.

En el Distrito Federal la figura jurídica de la patria potestad se encuentra regulada por el Código Civil, en el título cuarto denominado “De la Familia”, situación que es acertada, sin embargo, creo que lo más conveniente sería regular la patria potestad como una institución del Derecho Familiar consagrado en un ordenamiento especializado, como lo es un Código Familiar para el Distrito Federal.

Aunado a lo anterior, la Familia se constituye como el núcleo básico de toda sociedad, por virtud de la cual un conjunto de personas ligadas por razones de matrimonio, concubinato, filiación o adopción establecen una serie de relaciones que traen consigo consecuencias jurídicas relevantes, tanto al exterior del grupo como derechos y obligaciones entre sus miembros. Estas consecuencias jurídicas son de tal magnitud que la familia es considerada una institución jurídica con derechos y obligaciones.

Las prerrogativas y obligaciones se ven reflejadas en el Derecho Familiar constituido como una disciplina autónoma del derecho Civil, en virtud de que las normas jurídicas integrantes del mismo poseen matices de características propias y una verdadera fundamentación científica, por ende existe la necesidad de un instrumento legal garante de su vigencia.

El derecho familiar tiene por objeto estudiar y normar la organización, autoridad, obediencia y las relaciones de ayuda existentes en el núcleo primario de toda sociedad, mientras en el derecho civil, se interesa por codificar las relaciones e intereses que tienen lugar entre los particulares, con un fin individualista de la

persona, al ejercitar estos derechos la ley atribuye acciones subordinadas a la libre voluntad de las partes. En los preceptos legales del derecho de familia, la libre voluntad de las partes es reemplazada por un interés superior tutelado por el Estado, en aras de conservación de la familia.

En materia familiar el principio consagrado de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado, pues el fin de la familia, no puede estar sujeto al objetivo de un solo individuo, sino al fin superior de la necesidad colectiva.

Desde mi punto de vista existen varios criterios por los cuales el Derecho Familiar se debe independizar del Derecho Civil y se levante como una rama autónoma de éste, con la creación de un Código Familiar para el Distrito Federal, a continuación señalaré las siguientes:

- Las normas del Derecho Familiar son de carácter irrenunciable, no patrimonial, imperativas, de orden público y la autonomía de la voluntad de los individuos es mucho más restringida que la manifestada en el derecho Civil;
- Varios supuestos jurídicos consagrados en el Derecho Civil, no tienen aplicación procesal en el Derecho familiar, tal es el caso de la representación, la renuncia y la transmisión, mismos que no tienen aceptación en la legislación familiar.
- Por parte del Estado existe una mayor protección, atención e intervención en las relaciones producto de los miembros de la familia;
- En la actualidad, el estudio de las relaciones familiares ha despertado un gran interés en diversos campos del conocimiento, mismo que se ve reflejado en investigaciones, artículos, libros, entrevistas, medios de comunicación, etcétera. En tratándose del aspecto legal, son varias las

obras dedicadas al Derecho de Familia, autores extranjeros y nacionales dedican un sinnúmero de obras especializadas en la disciplina;

- Por su parte, un gran número de escuelas y facultades de derecho en todo el mundo, incluyendo la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México imparten en sus aulas la cátedra de Derecho Familiar, como un estudio soberano del Derecho Civil;
- A partir de 1971, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, instauró órganos especializados en Derecho de Familia que conocen de asuntos del orden familiar y de sucesiones, en la actualidad existen en esta entidad cuarenta y dos juzgados de primera instancia familiares, cuestión que pone en evidencia la autonomía judicial del Derecho Familiar;
- En Nuestro país, el primer antecedente legislativo de separación entre el Derecho Familiar y el Civil es la Ley Sobre Relaciones Familiares promulgada por Venustiano Carranza el 1° de mayo de 1917, la entrada en vigor de esta ley trajo consigo un enfoque variado de los derechos de familia;
- Las legislaturas estatales de Zacatecas, Morelos, Hidalgo y Michoacán han creado Códigos Familiares, argumentando que es importante y trascendental la creación de estos Códigos independientes del Civil, de tal forma se exalten las características de interés público y orden social que tiene el derecho familiar respecto de las demás disciplinas jurídicas; y
- La naturaleza jurídica del Derecho Familiar debe separarse del Código Civil del Distrito Federal, porque son distintas, los preceptos que contiene el último mencionado son expresamente de Derecho Privado y las normas de un Código Familiar poseen tintes de derecho Público, Privado y Social.

Una vez analizadas las primicias anteriores podemos concluir que el Derecho de Familia es una rama jurídica autónoma del Derecho Civil, normas que definen a la familia, así como normas tendientes a reglamentar instituciones jurídico familiares, como el matrimonio, concubinato, adopción, que son los medios para la creación de una familia y de las cuales derivan un inmenso cúmulo de obligaciones y derechos, mismos que no se encuentran sujetos a discusión, por el contrario, son de carácter impositivo.

La legislación de un Código Familiar tiende a lograr un importante progreso en materia de Derecho Familiar, esta autonomía tan proclamada por algunos autores y por el que suscribe es casi un hecho en el Distrito Federal, sólo falta cumplir con el criterio legislativo, donde se elabore una ley aislada sobre materia familiar, es decir, el Código Familiar para el Distrito Federal, que tenga por objeto inmediato y exclusivo a la familia, en cuanto a sus causas de origen, organización y disolución.

Los criterios establecidos por la doctrina para hacer valer la autonomía de una disciplina legal son el legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional e institucional, la rama en estudio cumple en el Distrito Federal cabalmente con los cuatro últimos, nos falta dar ese gran paso para separar el derecho civil del derecho familiar con la idea innegable de fortalecimiento de la familia. ¿Porqué escandalizarse ante tal pensamiento?, si es bien sabido que casi todas las ramas del derecho moderno, como son, el fiscal, laboral, mercantil etc., tuvieron sus bases en el Derecho Civil y en la actualidad cada una de las mencionadas posee su propio código sustantivo y adjetivo.

La elaboración de una Ley Familiar para el Distrito Federal, no se traduce en una nueva organización de la familia, sino en una protección más amplia de los organismos dedicados a fortalecerla y hacerla prevalecer.

La independencia legislativa del Derecho Familiar trae consigo la necesidad implícita de la creación de ordenamientos legales, tanto en su aspecto sustantivo

como en su aspecto adjetivo, es decir, necesitamos de un Código Familiar y de un Código de Procedimientos Familiares.

La estructura básica de dicho ordenamiento deberá contemplar los siguientes títulos:

- Disposiciones Generales;
- Del Registro Civil;
- Del Matrimonio;
- Del Parentesco, Alimentos y de Violencia Familiar;
- De la Filiación;
- De la Patria Potestad;
- De la Tutela;
- De la Emancipación y de la Mayoría de Edad; y
- Del patrimonio Familiar.

4.2 Reforma al artículo 282, apartado “B”, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, respecto a la guarda y custodia única y la custodia compartida.

El texto actual del citado precepto legal es el siguiente:

***ARTÍCULO 282.-** Desde que se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y mientras dure el juicio, se dictarán la medidas provisionales pertinentes, así mismo en los casos de divorcio en que no*

se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de los hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

Apartado B. Una vez contestada la solicitud:

Fracción II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

Fracción I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

La propuesta de reforma es como a continuación se expone:

ARTÍCULO 282.- Desde que se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y mientras dure el juicio, se dictarán la medidas provisionales pertinentes, así mismo en los casos de divorcio en que no

se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de los hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

Apartado B. Una vez contestada la solicitud:

Fracción II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, **pudiendo ser uno de éstos.** En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

El régimen de custodia compartida se concederá en aras del interés superior del menor, así como el normal desarrollo del mismo y solamente cuando proceda del mutuo acuerdo de los padres. Deberán presentar por escrito ante el Juez de lo Familiar un proyecto en el cual se especifique las circunstancias y términos por virtud de los cuales se ejercerá la custodia compartida. El Juez de lo Familiar de conformidad con lo expuesto en el proyecto lo aprobará, siempre y cuando no contravenga disposición legal alguna, es decir, del texto no aparezca daño para los menores o perjuicio grave en contra de uno de los cónyuges.

La existencia de antecedentes de violencia familiar en cualquiera de las modalidades enunciadas en el artículo 323 Quarter a cargo de alguno o ambos padres será motivo suficiente para que el Juez de lo Familiar rechace la petición de custodia conjunta.

Los padres estarán obligados en todo momento a proporcionar a sus hijos, en los tiempos de custodia los elementos necesarios para el desempeño de sus obligaciones y derechos, procurando en todo momento cuidados, formación física y espiritual en un ambiente idóneo.

Para la asignación de la guarda y custodia exclusiva no se concederán derechos preferenciales a ninguno de los progenitores como consecuencia de la edad de los hijos o que sea la madre o el padre de los menores, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella o él sea el generador o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para adjudicar la guarda y custodia, el hecho de que el padre o la madre carezcan de recursos económicos.

Justificación de la Propuesta.

El divorcio como cualquier otra ruptura de pareja, presupone una crisis emocional, empero, debe entenderse de manera clara que ese alejamiento es únicamente entre los cónyuges, pues la labor de padres subsiste en el tiempo, razón por la cual es menester tratar de llegar a acuerdos, pensando siempre en el beneficio de los hijos.

La separación de los niños de uno de sus progenitores, como consecuencia inmediata de un divorcio o separación bajo ninguna percepción lógica puede ser benéfica al menor. La custodia conjunta se traduce en una garantía del mantenimiento de las relaciones paterno filiales, entre los ascendientes y los descendientes.

El ejercicio de la tenencia compartida de los hijos por mutuo acuerdo de los padres, es la situación ideal para instaurar el régimen en comento, múltiples estudios sociológicos demuestran que sería lo más acertado para la familia y sobre todo para el menor.

No considero apropiada la custodia compartida como resultado de una resolución judicial, ya que se estipularía entre padres que no mantienen una buena comunicación, el fallo estaría en evidente oposición a la voluntad de uno de los padres, la falta de armonía y respeto entre los ascendientes redundaría en el mal

desempeño de la misma. Mientras los padres tengan comportamientos reprobables el único perjudicado sería el menor.

Aunado a lo anterior, durante la secuela procesal que se lleve a cabo en el juzgado, todos los golpes bajos que se propinen los padres, con tal de probar sus razonamientos, uno encaminado a obtener la custodia compartida y otro a negar sus beneficios, serán en perjuicio del menor.

Los padres deberán exhibir junto con el convenio por el cual pretenden adoptar el régimen de custodia compartida un plan de su ejercicio en el cual se estipulen de manera clara los términos y condiciones, respetando los horarios de estudio, alimentación, descanso y salud de los niños.

La responsabilidad conjunta de los padres, al igual que otras instituciones de carácter familiar, se instaura con el fin inmediato, de proporcionar al infante un ambiente seguro, tanto física como emocionalmente, es por eso, que en los casos de violencia familiar ya sea física, emocional, sexual o económica de los padres hacia los hijos o entre los cónyuges se elimina la posibilidad de constituir la custodia compartida, pues atenta contra el principio de protección del menor.

La propuesta de reforma al último párrafo del numeral en comento en cuanto a la guarda y custodia otorgada a uno de los padres, obedece al principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, consagrado en el artículo 4º, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se expresa de manera clara lo siguiente:

ARTÍCULO 4. (Primer párrafo derogado).

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

La Carta Magna constituye el primer ordenamiento jurídico del país, por lo tanto el contenido de las normas legisladas por las entidades federativas que conforman la

República Mexicana, así como el Distrito Federal debe ceñirse a la norma constitucional, como ley suprema, tal y como lo señala el artículo 133 Constitucional.

La igualdad proclamada entre el hombre y la mujer debe entenderse como la capacidad y posibilidad que tienen las personas para adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, cuando se encuentren en una misma situación jurídica. La igualdad como garantía individual consagrada en la Constitución es atribuída al hombre o mujer desde que nace, por lo tanto la legislación del Distrito Federal, en el caso concreto, no puede atribuir ciertas preferencias o distinciones entre el varón y la dama para resolver sobre la guarda y custodia exclusiva a uno de los padres.

Luego entonces, cualquier consideración, preferencia o distinción por razón de sexo manifestada en el Código Civil del Distrito Federal, está violentando de manera evidente la garantía de igualdad jurídica del gobernado.

El texto actual del artículo 282, apartado B, fracción segunda, último párrafo desde mi punto de vista resulta a todas luces violatorio de la Constitución, pues señala lo siguiente:

“Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los niños. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos”.

Como es de observarse el contenido de dicho precepto sostiene criterios jurídicos discriminatorios y de una desigualdad desmedida en contra del hombre, por el contrario, existe una preferencia a favor de la madre cuando los hijos sean

menores de doce años, aseveración que carece de bases sustentables desde la perspectiva moral, jurídica y social.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, no hace distinción alguna entre el padre y la madre, por ende, es elocuente entender que un normal desarrollo del niño, le puede ser proporcionado por uno u otro de los mencionados.

En el mismo orden de ideas debe suprimirse de nuestra legislación civil cualquier tipo de preferencia o distinción en razón del sexo de los padres, para el otorgamiento de la guarda y custodia exclusiva. Estas actitudes de favoritismo en beneficio de la madre, lejos de aminorar la confrontación social de género, hacen más grave la situación.

La intervención de los sicólogos forenses en los procedimientos de familia especialmente para ofrecer valoración y asistencia para adjudicar la guarda y custodia exclusiva se inclinan más por un rol progresista que refleja una posición de no discriminación. Existen bastantes estudios realizados por doctos en la materia, como son, sicólogos y pedagogos, que consideran al padre plenamente calificado para cumplir con la función de la custodia de los menores sin importar su edad.

Para la asignación de la custodia exclusiva no debe darse prioridad a las condiciones económicas de la madre o del padre, pues el deber de los padres no se acota a la asistencia material, se atentaría contra el verdadero sentido de la figura jurídica en cuestión, que no es otro que la educación y el fomento de las relaciones afectivas.

Por lo antes expuesto y fundado, considero pertinente proponer la siguiente modificación al párrafo en alusión:

Para la asignación de la guarda y custodia exclusiva no se concederán derechos preferenciales a ninguno de los progenitores como consecuencia de la edad de los hijos o que sea la madre o el padre de los menores, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella o él sea el generador o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para adjudicar la guarda y custodia, el hecho de que el padre o la madre carezcan de recursos económicos.

CONCLUSIONES

Primera.- En la primera etapa histórica de Roma, la patria potestad se instituye como una figura jurídica creada para proteger y salvaguardar los derechos del *paterfamilias*, éste era el único propietario, sacerdote y juez dentro de su familia, en esta tesitura la autoridad paterna era absoluta tanto en la persona como en los bienes sujetos a dicha institución. Se trata de un poder sin límites constituido en exclusivo provecho de su titular y de carácter perpetuo, sólo se podía extinguir por la muerte del padre o por la emancipación.

Segunda.- En el Imperio absoluto romano la patria potestad se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y obligaciones mutuos, el derecho de vida y muerte que el "*paterfamilias*" poseía sobre los hijos queda reducido al de corrección, se prohíbe la exposición de los hijos así como su venta en esclavitud reconociendo a éstos el derecho a reclamar alimentos.

Tercera.- El derecho Alemán concibe a la patria potestad como un cúmulo de derechos y obligaciones transitorios, transformándose en una entidad protectora de los hijos. Estos gozaban de plena capacidad patrimonial tratándose de los bienes adquiridos por herencia de la madre o por donación, el titular de la institución en comento detentaba la administración y usufructo sobre los bienes, a diferencia del antiguo derecho romano, la potestad se extinguía en el caso del varón cuando era económicamente independiente, por lo que respecta a las mujeres al momento de contraer matrimonio con el consentimiento del padre. En la legislación Germana la madre si podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.

Cuarta.- La legislación española, limita en gran medida el poder absoluto del padre sobre los hijos, afirmando que el poder paterno ha de ejercerse con piedad, moderación y mesura, imponiendo como sanción al progenitor la pérdida de la patria potestad si corregía al hijo con crueldad. Los fueros imponen al padre la

obligación de criar a sus hijos, proveyendo de alimentos, vestido, educación moral y religiosa.

Quinta.- En el Código Francés la patria potestad se compone por un conjunto de derechos y obligaciones a cargo del padre y de la madre, tendientes a satisfacer las necesidades básicas de los hijos, como son, la educación, protección, manutención, orientación moral, profesional e intelectual, reconociendo de forma expresa que los únicos poseedores de tal prerrogativa son los padres como una responsabilidad derivada de la procreación. De igual forma se concibe como un organismo de representación de los menores de edad no emancipados.

Sexta.- El derecho familiar azteca se constituía por las costumbres y tradiciones, la familia era primordialmente patriarcal, el hombre como sujeto activo de la patria potestad la ejercía sobre los hijos. Aún cuando el varón era el jefe del núcleo familiar, en derecho la mujer se encontraba en igualdad de circunstancias. Los hombres se encargaban de educar a los hijos varones y las mujeres lo hacían de las niñas. Entre los aztecas los sujetos a la patria potestad tenían la obligación de vivir en el mismo domicilio de sus padres. En tratándose de divorcio, el padre conservaba la patria potestad de los hijos varones y la madre la de las hijas. En la época precortesiana la patria potestad se extinguía en vida del padre como consecuencia del matrimonio de los hijos o la elevación del hijo varón a grandes dignidades militares, religiosas o civiles. A la muerte del padre se podría pensar que terminaba la potestad sobre los hijos, empero, estos quedaban bajo la autoridad ya fuera del tío paterno que se casaba con la madre, del hermano mayor o del miembro más respetado de la familia.

Séptima.- El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 que inició su vigencia el 1° de marzo de 1871, reguló que la patria potestad la ejerce como único titular el varón, por lo tanto, es primordialmente masculina, colocando a la mujer en un estado secundario y de gran desventaja con el hombre, pues confiere la patria potestad en exclusiva al padre, sólo a falta

de éste tenía derecho a ejercerla la madre, una prueba más de que el poder del padre dentro del ejercicio de la patria potestad era desmesurado en comparación con la madre, es el derecho perteneciente al progenitor varón de poder nombrar en su testamento uno o varios consultores, para que a su muerte elaboren un dictamen con las directrices necesarias del modo en que se ejercerá, éste dictamen debe ser acatado en su totalidad por la madre, y si ésta no lo cumpliera corría el riesgo de perder el ejercicio de la potestad.

Octava.- La ley Sobre Relaciones Familiares expedida el 9 de abril de 1917 por Venustiano Carranza regula por vez primera el Derecho Familiar como una rama autónoma e independiente del Derecho Civil. Pugna por una igualdad relativa entre el hombre y la mujer, señala que la patria potestad no tiene como finalidad beneficiar al sustentante de este poder, lejos de ello, se instituye para satisfacción y protección de los que se encuentran sujetos a ella, también se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos adoptivos. Coloca a la mujer en el mismo plano de ejercicio de dicha prerrogativa, es decir, la patria potestad debe ejercerla en primer lugar el padre y la madre.

Novena.- El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que entró en vigor el 1° de octubre de 1932, guarda una estrecha relación con la Ley mencionada en la conclusión, fueron pocas las modificaciones que sufrió la patria potestad, como que la patria potestad no se pierde por el hecho de que la madre o la abuela contraigan segundas nupcias, empero, el nuevo marido no gozará del derecho a ejercerla sobre los hijos anteriores a su matrimonio, de igual forma se dispone que la patria potestad no es renunciable, salvo ciertos casos, mismos que se analizan en el desarrollo del presente trabajo.

Décima.- En el Código Civil para el Distrito Federal la patria potestad está constituida por un cumulo de obligaciones y directrices enmarcadas por la ley e incluso sancionadas en caso de omisión, establecidas a favor y en beneficio

directo de los hijos menores de edad no emancipados y la pueden ejercer conjunta o separadamente los progenitores. Las normas sólo determinan los lineamientos y presupuestos necesarios para su mejor desempeño y así evitar el abuso en los derechos de educación, corrección y administración de sus bienes.

Décima primera.- Son fuentes de la patria potestad el matrimonio, la filiación y el concubinato porque crean un parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado derivado de la procreación o adopción.

Décima segunda.- La patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporal y gratuita.

Décima tercera.- La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes, los efectos de la patria potestad respecto de la persona y bienes de los hijos, encuentran su fundamento legal en el artículo 413 del Código Civil del Distrito Federal, por lo que toca al aspecto personal los efectos son los siguientes:

- Respeto y consideración mutuos;
- Los sujetos vinculados por la patria potestad deben vivir juntos, es decir, en el mismo domicilio;
- Los progenitores, abuelos o adoptantes según sea el caso, son los representantes de los sujetos a la patria potestad;
- Guarda y Custodia de los hijos;
- Educación del menor; y
- La obligación alimentaria.

Décima cuarta.- En cuanto a los bienes los que ejercen la patria potestad tienen el derecho de administración, sin embargo no pueden gravar, enajenar o hipotecar los bienes del menor salvo con autorización judicial por haberse demostrado absoluta necesidad que le es benéfica para al menor.

Décima quinta.- En los bienes del menor adquiridos por cualquier otro título distinto al producto de su trabajo, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a los sujetos activos de la patria potestad.

Décima sexta.- La terminación de la patria potestad trae la desvinculación por completo de los hijos hacia con los padres por lo que respecta a la representación y administración de sus bienes; pero el respeto y consideraciones mutuos en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar por siempre, pues el hecho de que haya terminado la figura en cita no debe interpretarse como la extinción de los lazos afectivos entre las partes, los efectos son de carácter definitivo no cabe la posibilidad de su reanudación.

Décima séptima.- La suspensión de la patria potestad no extingue la misma, su ejercicio recae en el otro padre, se constituyen como actos u omisiones cometidas deliberadamente por uno o ambos progenitores que atentan contra la naturaleza misma de la institución y ocasionan un perjuicio psicoemocional al menor, sus efectos son temporales, los actos que pongan en peligro al menor pueden desaparecer y satisfacer las necesidades físicas y emocionales de los hijos.

Décima octava.- La pérdida de la patria potestad es ocasionada por acciones u omisiones de una gravedad contundente contrarios a los deberes morales y jurídicos impuestos por la ley, debe provenir de una resolución judicial, dictada por un Juez de lo Familiar.

Décima novena.- La guarda y custodia en un primer plano es consecuencia directa de la relación paterno filial existente entre los ascendientes y descendientes, es decir, la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los menores de edad no emancipados, en los casos de matrimonio, concubinato, reconocimiento, nulidad de matrimonio, separación o divorcio. Dicha institución también puede provenir de la figura jurídica denominada tutela.

Vigésima.-El ejercicio en plenitud de la patria potestad necesariamente origina la guarda y custodia de los menores sujetos a ella, no obstante lo anterior, puede tenerse la patria potestad pero no la guarda y custodia por no cohabitar con los hijos con motivo de una separación o divorcio, inclusive un tercero puede gozar del derecho de custodia sin la necesidad de ser ascendiente del menor, como en el caso de la tutela.

Vigésima primera.- Los deberes de quienes ejercen la patria potestad y la guarda custodia de los menores, no sólo son disposiciones de carácter civil, obedecen a una garantía constitucional del menor consagrada en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Estado en aras de satisfacer las necesidades de los niños, define políticas de bienestar, solidaridad y seguridad social con el objetivo de que los niños disfruten de sus derechos elementales.

Vigésima segunda.- Todas las acciones que emanen de los progenitores, custodios, tutores e incluso las resoluciones de los Jueces de lo Familiar, atenderán al interés superior del menor, entendiendo por éste como la prioridad que debe otorgarse a los derechos de las niñas y de los niños en comparación con los derechos de cualquier otra persona.

Vigésima tercera.- En caso de separación o divorcio la guarda custodia se puede atribuir a cualquiera de los cónyuges de las siguientes formas:

- Convenio celebrado entre los cónyuges: La guarda y custodia de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no los deje valerse por sí mismos, puede otorgarse a cualquiera de los padres, por medio de un convenio celebrado entre éstos, en el cual se regulará el ejercicio de tales atribuciones adjudicando su desempeño a uno de ellos o bien a ambos, siempre y cuando el contenido del acuerdo no contravenga ninguna disposición legal y este encaminado al interés superior del menor;
- Por resolución del Juez de lo Familiar: Tiene lugar la intervención judicial cuando no existe un acuerdo previo entre los cónyuges sobre quien de los dos será el titular del derecho en cuestión, ante éste panorama no queda alternativa más que acudir ante el Juez de lo Familiar, quien resolverá lo conducente de conformidad con el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Vigésima cuarta.- Como contrapeso al otorgamiento de la custodia a uno de los padres, surge el derecho de visita que le asiste al progenitor que no posee la guarda del hijo para convivir con él, derivado de una separación, divorcio o nulidad de matrimonio. Se instituye con el ánimo de fomentar el afecto y la relación familiar. La privación de las visitas sólo puede ser por motivos graves que importen un peligro para la salud física o moral de los menores. Es menester la opinión del menor en caso de conflicto sobre el desarrollo del derecho de visita, como principal beneficiado o perjudicado.

Vigésima quinta.- La custodia compartida en el Distrito Federal representa un avance de gran magnitud, pues se fomenta el derecho de los hijos a convivir con ambos padres, después de una separación entre los cónyuges. Estas disposiciones legales se ajustan a las exigencias de la sociedad moderna en donde no únicamente la madre sino también el padre puede ejercer una paternidad responsable y una convivencia justa y equilibrada.

Vigésima sexta.- La custodia compartida permite a ambos padres participar en las responsabilidades y derechos en cuanto a la educación, formación profesional, espiritual, manutención y toda actividad relacionada con los hijos, de tal forma que gozan por convenio judicial de igualdad jurídica. Hace efectivos los principios de igualdad y de no discriminación entre el hombre y la mujer.

Vigésima séptima.- La responsabilidad conjunta de los padres prevista en el artículo 282, apartado B, fracción II del Código Civil del Distrito Federal, adolece de vicios en cuanto a su redacción jurídico legislativa, porque la custodia parental compartida solo puede ser instaurada cuando proceda del mutuo acuerdo entre los cónyuges, es la situación ideal para instaurar el régimen en comento, múltiples estudios sociológicos demuestran que sería lo más acertado para la familia y sobre todo para el menor. Debe ser producto de un acuerdo o convenio entre los padres divorciantes.

Vigésima octava.- La custodia compartida no es apropiada cuando es resultado de una resolución judicial, entre padres que no mantienen una buena comunicación, el fallo estaría en evidente oposición a la voluntad de uno de los padres, la falta de armonía y respeto entre los ascendientes redundaría en el mal desempeño de la misma.

Vigésima novena.- Los ascendientes deben exhibir junto con el convenio por el cual pretenden adoptar el régimen de custodia compartida un plan de su ejercicio en el cual se estipulen de manera clara los términos y condiciones, respetando los horarios de estudio, alimentación, descanso y salud de los niños.

Trigésima.- La custodia compartida es un buen modelo de tenencia de los menores tras una separación de los cónyuges, pues resulta incuestionable que los hijos necesitan de la presencia de ambos padres para una eficaz educación y un desarrollo normal e integral de los mismos. Tiene por objeto lograr la protección, la estabilidad emocional y personal del menor.

Trigésima primera.- A través de la custodia compartida, el menor goza del derecho a mantener contacto con ambos padres encaminado a la conservación de un entorno saludable y en aras de su interés superior, por ende es preciso que existan lazos afectivos para lograrlo y a su vez que los padres estén al corriente de su vida y educación y sobre todo participar de manera activa en la toma de decisiones del hijo y de esa forma satisfacer sus necesidades.

Trigésima segunda.- La guarda y custodia debe otorgarse de manera indistinta al padre o la madre del menor independientemente de la edad del niño, esto obedece al principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, consagrado en el artículo 4º, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La igualdad proclamada entre el hombre y la mujer constituye una garantía individual consagrada en la Constitución, por lo tanto la legislación del Distrito Federal, no puede atribuir ciertas preferencias o distinciones entre el varón y la mujer para resolver sobre la guarda y custodia exclusiva a uno de los padres. Las actitudes de favoritismo en beneficio de la madre, lejos de aminorar la confrontación social de género, hacen más grave la situación.

Trigésima tercera.- El Derecho de Familia es una rama jurídica autónoma del Derecho Civil, normas que definen a la familia, así como normas tendientes a reglamentar instituciones jurídico familiares, como el matrimonio, concubinato, adopción, medios para la creación de una familia y de las cual derivan un inmenso cúmulo de obligaciones y derechos, los cuales no se encuentran sujetos a discusión, por el contrario, son de carácter impositivo.

Trigésima cuarta.- Por lo anterior se propone que se efectúe un Código Familiar para el Distrito Federal, como una ley especializada sobre materia familiar, con el objetivo inmediato y exclusivo de regular a la familia, en cuanto a sus causas de origen, organización y disolución.

Trigésima quinta.- La elaboración de un Código Familiar para el Distrito Federal, no se traduce en una nueva organización de la familia, sino en una protección más amplia de los organismos dedicados a fortalecerla y hacerla prevalecer, lo que traería consigo la necesidad de crear ordenamientos legales tanto en el aspecto sustantivo como en el adjetivo.

Trigésima sexta.- La patria potestad, los derechos y obligaciones que de ella emanan, se encuentran en constante transformación. Al derivar de la relación paterno filial existente entre padres e hijos su constitución no depende de un acto previo consagrado por la ley, el legislador sólo ha señalado las pautas básicas de su ejercicio en aras del interés superior del menor y el normal desarrollo del mismo.

Trigésima séptima.- Se propone en tanto no se cuente con un Código Familiar para el Distrito Federal, reformar el artículo 282, apartado "B", fracción II del Código Civil del Distrito Federal, cuyo texto será el siguiente:

***“ARTÍCULO 282.-** Desde que se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y mientras dure el juicio, se dictarán la medidas provisionales pertinentes, así mismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de los hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:*

Apartado B. Una vez contestada la solicitud:

***Fracción II.-** Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, **pudiendo ser uno de éstos.** En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.*

El régimen de custodia compartida se concederá en aras del interés superior del menor, así como el normal desarrollo del mismo y solamente cuando proceda del mutuo acuerdo de los padres. Deberán presentar por escrito ante el Juez de lo Familiar un proyecto en el cual se especifique las circunstancias y términos por virtud de los cuales se ejercerá la custodia compartida. El Juez de lo Familiar de conformidad con lo expuesto en el proyecto lo aprobará, siempre y cuando no contravenga disposición legal alguna, es decir, del texto no aparezca daño para los menores o perjuicio grave en contra de uno de los cónyuges.

La existencia de antecedentes de violencia familiar en cualquiera de las modalidades enunciadas en el artículo 323 Quarter a cargo de alguno o ambos padres será motivo suficiente para que el Juez de lo Familiar rechace la petición de custodia conjunta.

Los padres estarán obligados en todo momento a proporcionar a sus hijos, en los tiempos de custodia los elementos necesarios para el desempeño de sus obligaciones y derechos, procurando en todo momento cuidados, formación física y espiritual en un ambiente idóneo.

Para la asignación de la guarda y custodia exclusiva no se concederán derechos preferenciales a ninguno de los progenitores como consecuencia de la edad de los hijos o que sea la madre o el padre de los menores, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella o él sea el generador o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para adjudicar la guarda y custodia, el hecho de que el padre o la madre carezcan de recursos económicos.

BIBLIOGRAFÍA

ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo y HUBER OLEA, Francisco José. “Código Civil para el Distrito Federal. Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia. Tomo I”. Editorial SISTA. México. D.F., 2005.

AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl. “Comentarios a las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial SISTA S.A de C.V. México Distrito Federal. 2006.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAÉZ, Rosalía. “Derecho de Familia”. Editorial Oxford. México. D.F., 2005.

BORDA, Guillermo A. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Perrot. 11° edición. Buenos Aires. 1993.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “Las Garantías Individuales”. Editorial Porrúa. 35° edición. México Distrito Federal. 2005.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. “Convenios Conyugales y Familiares”. Editorial Porrúa. 2ª edición. México. 1993.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. “La Familia en el Derecho”. Editorial Porrúa. 4° edición. México. 2003.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. “La Familia en el Derecho Mexicano (Relaciones Jurídicas Paterno Filiales)”. Editorial Porrúa. 3ª edición. México. 2004.

CRUZ BARNEY, Oscar. “Historia del Derecho en México”. Editorial Oxford. 2ª edición. México. 2004.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. “Instituciones de Derecho Civil. Tomo II”. Editorial Civitas. Madrid España.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. "Derecho Familiar". Editorial Porrúa. México. 2004.

DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa. México D.F., 2004.

DE PINA VARA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen I". Editorial Porrúa. 21ª edición. México. 1990.

DI PIETRO, Alfredo. "Derecho Privado Romano". Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina. 1996.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil Familia". Editorial Porrúa. México. 2008.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez". Editorial Porrúa. 5ª edición. México 1996.

FLORIS MARGANDANT, Guillermo. "Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge. México Distrito Federal. 1995.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Editorial Esfinge. 14ª edición. México Estado de México. 1999.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas y Familia" Editorial Porrúa. 10ª edición. México. D.F., 1990.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho Civil para la Familia". Editorial Porrúa. México. 2004.

LEÓN, Gabriel. "Antecedentes y Evolución de la patria potestad en la legislación mexicana" Editorial Escuela Libre de Derecho. México. D.F., 1949.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. "Derecho de Familia". Editorial Abeledo Perrot. Argentina. Buenos Aires. 1984.

LOUZAN DE SOLIMANO, Nallely Dora. “Curso de Historia del Derecho Romano”. Ediciones Luimiere. Argentina. Buenos Aires. 2001.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl. “Derecho Civil. Tomo I. Derecho Familiar”. Editorial PACJ. México D.F., 2008.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil. Tomo I”. Editorial Porrúa. México. D.F., 1984.

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

MATEOS ALARCÓN, Manuel. “Derecho Civil Parte Dogmática”. Editorial Moneda. México. 1990.

MATEOS ALARCÓN, Manuel. “Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. Tomo I”. Editorial Facsimilar. México. D.F., 1992.

MÉNDEZ ACOSTA, María Josefina y D. ANTONIO, Daniel Hugo. “Derecho de Familia. Tomo III”. Editorial Rubinzal. Argentina. 2001.

MONTERO DUHALT, Sara. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa. México. 1990.

MORALES, José Ignacio. “Derecho Romano”. Editorial Trillar. México. 1992.

MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. “Derecho Romano”. Editorial Harla. 3ª edición. México. 1998.

OBREGÓN T., Esquivel. “Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano”. Editorial Porrúa. México D.F., 1984.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. “Panorama del Derecho Mexicano”. Editorial McGraw-Hill Interamericana. México. 1998.

- PETIT, Eugene. "Derecho Romano" Editorial Porrúa. 2ª edición. México. 2004.
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. "Elementos de Derecho Civil". Editorial Limusa. México. 1995.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto. Et al., "De la persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal". Editorial Porrúa. México Distrito Federal. 2006.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa. 20ª edición. México D.F., 2004.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia". Editorial Porrúa. 4ª edición. México. 2006.
- RUÍZ LUGO, Rogelio Alfredo. "Práctica Forense en Materia de Divorcio". Editorial Anaya. México D.F., 2009.
- SAINZ GOMÉZ, José María. "Derecho Romano I". Editorial Noriega S.A de C.V. México D.F., 1991.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. "Derecho Constitucional". Editorial Porrúa. 3ª edición. México 1999.
- SOTO ÁLVAREZ, Clemente. "Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho Civil". Editorial Limusa. México D.F., 2006.
- TAPIA RAMÍREZ, Javier. "Introducción al Derecho Civil". Editorial MaGraw-Hill. México. 2008.
- MENDIETA ALATORRE, Ángeles. "Tesis profesionales". Editorial Porrúa. 19ª edición. México 1999.
- VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". Editorial Porrúa. 19ª edición. México. 2003.

LIBROS ELECTRÓNICOS

CARDENAS CAMACHO, Alejandro. “Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)”. <http://www.bibliojurídica.org/libros/5/22887/pdf>.

GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth. “Guarda y Custodia del Menor”.
<http://www.bibliojurídica.org/libros/5/2287/12pdf>.

JUÁREZ, Raúl. “Juicio de Divorcio”. Carro Editorial S.A de C.V. Colección Civil 2008.
<http://www.carroeditorial.com>

POUS DE LA FLOR, María. “Igualdad Conyugal y Custodia Compartida en la Legislación Española”.
<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/igualdad-conyugal-y-custodia-compartida.pdf>

LEYES Y CÓDIGOS

“Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal”. Carro Editorial S.A de C.V. 19ª edición. México 2010.

“Código Civil para el Distrito Federal”. Carro Editorial S.A de C.V. 19ª edición. México 2010.

“Código Familiar Para el Estado de Michoacán de Ocampo”. Editorial SISTA. México 2010.

“Código Familiar del Estado de Morelos”. Editorial SISTA. 9ª edición. México 2010.

“Código Familiar del Estado de Zacatecas”. Editorial SISTA. 41ª edición. México 2010.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Grupo ISEF. 16ª edición. México 2010.

“Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal”. Carro Editorial S.A de C.V. 19ª edición. México 2010.

“Ley Para La Familia del Estado de Hidalgo”. Editorial SISTA. 7ª edición. México 2010.

