

241 124-1A



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Acatlán

LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ARTICULOS 400 Y 402 DEL CODIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL
ESTADO DE MEXICO.

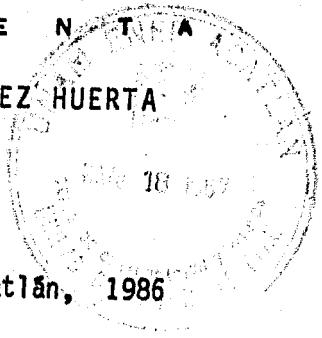
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

SILVIA JIMENEZ HUERTA



Santa Cruz Acatlán, 1986





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

**"LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS
400 y 402 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE
EN EL ESTADO DE MEXICO"**

INDICE

Pág.

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

1. Derecho Romano	3
2. Derecho Francés	17
3. Derecho Alemán	21
4. Derecho Español	22
5. Derecho Argentino	25
6. Derecho Mexicano	26
6.1 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES	
6.1.1 Constitución Mexicana de 1824	29
6.1.2 Constitución Mexicana de 1857	31
6.1.3 Constitución Mexicana de 1917	32
6.2 ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL	
6.2.1 Código Civil de 1870	34
6.2.2. Código Civil de 1884	36
6.2.3 Ley de Relaciones Familiares de 1917	37

**6.3 ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION CIVIL
PARA EL ESTADO DE MEXICO**

6.3.1 Legislaciones anteriores al Código
Civil de 1957 39

6.3.2 Código Civil de 1957 39

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

1. Concepto de Patria Potestad 40

2. Fundamentos de la Patria Potestad 42

2.1 Caracteres de la Relación Paterno Filial .. 43

2.2 Efectos sobre la Persona del Hijo 46

2.3 Efectos sobre los Bienes de los Hijos ... 49

2.4 Patria Potestad que asume el Adoptante 55

3. Naturaleza de la Patria Potestad 56

3.1 Elementos de la Patria Potestad 56

3.2 Contenido de la Patria Potestad 65

3.3 Extinción, Suspensión y Pérdida de la
Potestad 66

CAPITULO III

**LEGISLACION CIVIL VIGENTE PARA LA REPUBLICA MEXICANA
EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD**

1. Código Civil vigente para el Distrito Federal .. 72

2. Código Civil vigente para el Estado de México .. 74

3. Estudio comparativo de los diversos Códigos
que rigen en la República Mexicana 76

3.1 Códigos con disposiciones comunes al del
Distrito Federal 76

3.2	Códigos con disposiciones comunes al del Estado de México	77
3.3	Códigos con disposiciones diversas al del Distrito Federal y Estado de México	79

CAPITULO IV

LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 400 y 402 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO

1.	Artículo 4° Constitucional	88
2.	Artículo 14 Constitucional	91
3.	Artículo 400 del Código Civil vigente en el Estado de México	102
4.	Artículo 402 del Código Civil vigente en el Estado de México	103
CONCLUSIONES		106
BIBLIOGRAFIA		109

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

La legislación mexicana ha sufrido grandes cambios a través de la historia con la finalidad de llegar a ser actual y equitativa. Sin embargo, aún falta mucho por hacer y somos nosotros, los profesionistas en Derecho quienes tenemos el compromiso de ayudar a los legisladores induciéndolos a aquellos problemas que se presentan en la práctica y que afectan a toda la ciudadanía.

El motivo de mi tema de tesis lo produce precisamente una injusticia que se plasma en los artículos 400 y 402 del Código Civil vigente en el Estado de México y que violan las Garantías de Audiencia e Igualdad que nos otorga nuestra Carta Magna, y por ende hace caso omiso a lo dispuesto por el Artículo 1º Constitucional.

Las disposiciones que se contemplan en los artículos 400 y 402 del Código Civil citado colocan a los abuelos maternos en un estado de indefensión, ya que establecen el orden a seguir para el ejercicio de la patria potestad, a falta de los padres, sobre los menores, dándoles preferencia a los abuelos paternos y dejando sin efecto la Garantía de Igualdad a que gozan los abuelos maternos, porque si bien es

cierto que no se les niega a éstos la Garantía de Audiencia, es decir, en ningún momento se les impide a que comparezcan en juicio, al ejercitar éstos su acción, y probar ante el Juez competente su capacidad para ejercer la patria potestad sobre sus nietos, el Juez al dictar resolución no podrá otorgárselas a ellos, aunque por las pruebas aportadas fuera de mayor beneficio para el menor, en virtud a lo ya establecido y solucionado por los mencionados artículos.

Para tener un panorama mas amplio sobre el tema, analizo en esta Tesis cada uno de los puntos que abarca el Capítulo I del Título Octavo tanto del Código Civil vigente para el Distrito Federal como del Código Civil vigente del Estado de México y que tratan sobre la patria potestad, sin pasar por alto el antecedente que dió origen a esta institución, así como antecedentes en legislaciones extranjeras para poder así introducirnos a los antecedentes propios de nuestra legislación mexicana y analizar los cambios importantes que se han sucedido en ellas.

Hago referencia también y a manera de comparación a las diferentes disposiciones que sobre el derecho al ejercicio de la patria potestad existen en los Estados que componen la República Mexicana, tomando por supuesto, como base la del Distrito Federal por ser la capital de ésta y lugar donde se ubica nuestra Universidad y el Estado de México por ser donde se encuentra nuestra ENEP Acatlán y lugar de residencia de la mayor parte de su población.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

1. DERECHO ROMANO

La patria potestad como las diversas instituciones contempladas por la doctrina romanística, ha sufrido a lo largo de la historia transformaciones por los hechos sociales de ésta; esto se debe a las influencias constantes y relaciones entre una y otra institución, ya que los cambios que sufriera una de ellas derivaban en cambios hacia las otras instituciones; pero también se debe a que la historia llega a aceptar que tanto las instituciones, las normas, el derecho, en fin, la legitimación de la conducta corre paralela a la realidad social a la cual norma y regula al estar ésta condicionada a la conducta actual o real.

Los antiguos romanos no proporcionaron una definición sobre la patria potestad, sin embargo, cito algunas definiciones que autores contemporáneos a nosotros dan sobre ésta institución.

Eugéne Petit.- "Es una institución del Derecho Civil y

no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano"(1)

Peña Guzmán y Argüello.- "Es el poder que ejerce todo jefe de familia sobre las personas libres que forman el núcleo familiar".(2)

Faustino Gutiérrez Alvis y Armario.- "Poder jurídico -- que el pater familias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes a ella, extraños ingresados a la familia por adopción o adrogación y sobre los hijos naturales legítimos. Originalmente se le consideró como un poder absoluto en favor del padre, evolucionando progresivamente en su sentido tuitivo. -- sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos".(3)

De estas definiciones considero las dos últimas como las más completas, ya que la que nos proporciona el maestro Petit, sólo nos indica que se ejerce por un ciudadano romano, pero no así que es ejercida también sobre todas las personas que

(1) PETIT, Eugéne. "Tratado Elemental del Derecho Romano", Editorial Nacional, México, 1963, pág. 100

(2) PEÑA Guzmán, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. "Derecho Romano" Tipográfica Editorial Argentina, 1966. pág. 443. - 2a. Ed. Reimpresión 1953

(3) GUTIERREZ Alvis y Armario, Faustino. "Diccionario de Derecho Romano". Segunda Edición. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1976. pág. 520.

lleguen a formar una familia, por el ascendiente de mayor edad.

En la antigua Roma, la familia "era un pequeño Estado, cuyo jefe absoluto era el pater familia"⁽⁴⁾. "Pater familias significa, el que tiene poder (de la misma raíz que pater) sobre los bienes domésticos".⁽⁵⁾ "Es la única persona que en la antigua Roma tiene una capacidad de goce y ejercicio y una plena capacidad procesal en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus (familia) dependiente él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él".⁽⁶⁾

El régimen de la antigua Roma era patriarcal absolutamente, ya que era un derecho concerniente a padres e hijos varones que fueran ciudadanos romanos "sui iuris" (persona libre y ciudadano romano no sometida a la potestad de un paterfamilias)⁽⁷⁾; sólo pertenece al jefe de familia, aunque no es siempre el padre quien la ejerce, porque su autoridad se borra ante la autoridad del abuelo paterno; "Este caso -

(4) CHIBLY ABOUHAMAD HOBAICA. Anotaciones y Comentarios del Derecho Romano I. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978. pág. 355.

(5) MARGADANT S., Guillermo Floris. "Derecho Privado Romano" Novena Edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1979. pág. 197.

(6) Ob. cit., pág. 197.

(7) GUTIERREZ ALVIS Y ARMARIO, Faustino, Ob. cit., pág. 656.

concreto deriva de la aplicación de la regla a seguir, que, en este sentido, expresa: "mientras hubiese un ascendiente vivo y capaz por vía masculina, a éste era a quien correspondía la patria potestad. Sólo adquirían los hijos de la familia, autonomía y derechos familiares, cuando no existían otros ascendientes superiores a ello en la familia"⁽⁸⁾

Según los autores Peña Guzmán y Argüello,⁽⁹⁾ la patria potestad otorgaba poderes bastantes que más bien tendían a beneficiar al pater que a quienes estaban bajo su protección. No sólo se ejercitaba sobre sus ascendientes directos, también era ejercida sobre los descendientes de los ya sometidos a ella, sobre los que, ya sea por matrimonio "cum manu" (matrimonio que lleva aparejada la adquisición de la manus sobre la mujer por el marido o por el paterfamilias de éste, por lo que pierde su parentesco agnaticio, pasando a la familia del marido locofiliae o colonepti. El matrimonio cum manu se lograba por las formas matrimoniales de la coemptio, confarreatio y usus, ⁽¹⁰⁾ adopción o adrogación (acto mediante

(8) MARGADANT S. Guillermo Floris. Ob. cit., pág. 197.

(9) PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo, Ob. cit., pág. 443

(10) Cfr. GUTIERREZ ALVIS Y AÑASARIO, Fausto. Ob. cit., pág. 461

el cual ingresa una persona sui iuris bajo la potestad de -- otro paterfamilias con todos los sujetos pendientes de su potestad, adquiriendo la condición del hijo del adrogante constituye una forma de hacer nacer la patria potestad e históricamente presenta tres modos de realizarse: ante los comicios curiados, ante treinta lictores cuando su antigua función es representada por ellos, y por rescripto imperial.⁽¹¹⁾ Se -- agregaban a la familia, pero siempre que revistieran la calidad de cives romanorum (ciudadano romano; persona que, como hombre libre, goza de la plenitud de los derechos que se derivan de su pertenencia a la Ciudad de Roma, al Estado romano).⁽¹²⁾

Nos dice el maestro Petit, que sus derechos eran rigurosos y absolutos, semejantes a los que tenía el amo sobre sus esclavos, ya que poseía sobre sus hijos derechos sobre su -- persona y sobre sus bienes los cuales analizaré más adelante, pero cabe señalar que la patria potestad sufrió transformaciones por los hechos y cambios sociales que tuvo la ciudadanía romana que obligaron a suavizar su rudeza poco a poco, -- por lo que su desenvolvimiento es correlativo a la evolución histórica de la estructura social romana.

(11) Cfr. GUTIERREZ ALVIS Y ACCARIO, Fausto, Ob. cit., pág. 461

(12) Idem., pág. 107.

Siguiendo al maestro Chibly Abouhamad Hobaica⁽¹³⁾, analizaré a continuación sobre el contenido de la patria potestad estudiando los efectos sobre la persona de los hijos y los efectos sobre los bienes de los hijos:

a.- Efectos sobre los hijos:

Derechos de vida y muerte.- En razón de que la familia romana era considerada como un pequeño estado, el Estado romano en un principio estaba impedido de intervenir en los asuntos familiares, y era el paterfamilias quien ejercitaba dicho derecho resolviendo cada uno de los problemas familiares teniendo la autoridad de juzgar a sus hijos hasta con la pena de muerte.

Durante la República, el uso de ésta facultad se llevó a cabo con mayor moderación y las determinaciones del pater estaban obligadas a hacer consulta con un consejo de parientes próximos o a personas de rango calificado, como los censores. En la época del Imperio existieron ciertas anomalías en el régimen de la familia a causa del relajamiento de las costumbres que dieron pauta a abusos de la autoridad -- volviendo a darse el antiguo derecho de dar muerte al hijo, por lo que tuvo que intervenir el legislador, castigando incluso al pater que cometiera tal atropello con la expatria-

(13) CHIBLY ABOUHAMAD HOBAICA. Ob. cit., pág. 368.

ción. . En el régimen cristiano, el derecho que tenía el pater se redujo a un simple derecho de corrección, podía castigar las faltas leves, pero si la falta era tan grave que -- obligara a la pena de muerte, tenía antes que hacer la acusación delante del magistrado, pues éste era el único con derecho de pronunciar sentencia. Comenta Peña Guzmán y Argüello (14), que en la Epoca de Constantino, éste, influenciado por la doctrina cristiana, dispuso que debería ser considerado como parricida el padre que matara a sus hijos, y se castigara con pena capital a aquél que diera muerte a los recién nacidos.

El ius vendendi.- Este derecho fue el primero que se vio -- restringido, se ejercía generalmente cuando el pater se encontraba en una situación de miseria pudiendo venderlo o más -- bien para garantizar o solventar una deuda; esta situación -- ponía al hijo en una posición similar a la que tenían los esclavos y que sólo se veían diferenciada en que era temporal y no acarreaba la pérdida del status libertatis sino que caía en capitis diminutio máxima. Como el comprador tenía el derecho de propiedad sobre éste, quedaba relegado a la categoría de cosa. Podía el hijo caer en mancipium, que era la situación más corriente, entonces el hijo no era vendido sino

(14) PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. Ob cit., pág. 446.

cedido, es decir se colocaba con otro pater familias con la finalidad que éste ejerciese su autoridad sobre el hijo por un tiempo indeterminado y se convertía entonces en cuasi-esclavo. La ley de las XII Tablas consagró el precepto de que se veía extinta la patria potestad si el pater mancipaba al hijo bastando para ello tres veces y a la hija y nietos una sola vez, como sanción del ejercicio incontrolado de este derecho. En la época de Antonio Caracalla, la venta de los hijos se consideró ilícita; sólo era permitida en los casos de extrema necesidad para procurarse alimentos. Durante el Principiado sólo se permitió la venta de los recién nacidos con el derecho de poder recuperarlos abonándose al comprador, pero esta venta sólo se permitía si el pater estuviera abrumado por la necesidad. En la Época de Justiniano, se prohibía este ejercicio por considerarlo contrario a la equidad y al desarrollo y desenvolvimiento de las relaciones paterno filiales, existiendo fuertes sanciones para el acreedor que aceptara la venta, pues no sólo perdía su crédito, sino que debía indemnizar al filius o al pater y además era castigado con penas corporales.

El ius exponendi.- Era el derecho del pater de abandonar a su hijo; fue éste el que más lentamente se desarrolló, parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio. Fue a principios de la época del Imperio que se dictaron las primeras disposiciones restringiendo este poder.

En una constitución de Valentiniano, Valente y Graciano ya está estipulada la sanción para el pater que abandonara o expulsara injustamente al filiusfamilia, la cual consistía -- con la pérdida de la patria potestad. Constantino decidió, que el hijo abandonado pasara a la patria potestad de quien lo encontrara; sin embargo, Justiniano otorga la libertad -- del abandonado aún cuando fuera recogido.

b) Efecto sobre sus bienes:

Sólo el paterfamilias podía ser titular del patrimonio y todo lo que adquiría el filiusfamilia, ya sea por negocios por haber sido beneficiado en actos de última voluntad, etc., ingresaba al patrimonio del pater, es decir, el filius era solamente instrumento de adquisición. Sólo tenía derecho de preferencia, respecto a los demás, para acudir en su carácter de heredes sui a la sucesión de su progenitor.

Poco a poco, esta incapacidad fue modificándose al -- afirmarse el régimen de los peculios. El peculio viene siendo una suma de dinero o una masa de bienes concedida por el pater en goce y administración al hijo. A este tipo de peculio se le conoció con el nombre de peculio profecticio; el que adquiere a consecuencia de sus actividades militares se le llamó peculio castrense; peculio cuasicastrense al que -- adquiriría como retribución de las funciones públicas que desempeñara; y finalmente se le llamó peculio adventicio a --

aquel que se le lograba por herencia proveniente de la rama materna. (18)

Fuentes de la Patria Potestad

Para tener un mejor estudio sobre la patria potestad del antiguo Derecho Romano, es necesario citar los distintos medios que tenia el pater familia para adquirir la patria potestad sobre alguien; para ello me apego a la doctrina del maestro Floris Margadant (19), precisamente en lo relativo a las fuentes de la patria potestad en donde nos explica que "el derecho romano señala una natural y una general al lado de tres artificiales y excepcionales, en las cuales la 'legitimación' requiere, empero, un fundamento natural. Faltaba sin embargo, el actual reconocimiento por testamento y ante notario o autoridades". (19)

a) Las iustae nuptiae. - La principal fuente de la patria potestad son las justas nupcias o matrimonio legítimo por constituir este hecho la forma natural de dar origen a la patria potestad.

El paterfamilias adquiría la patria potestad no sólo

(18) Cfr. PESA QUIZHAN, Luis Alberto, ARGUELLO, Luis Rodolfo. Ob. cit., Pág. 447.

(19) MARGADANT S., Guilleme Floris. Ob. cit., pág. 201.

sobre sus hijos varones, sino también sobre los descendientes de éstos; sobre sus hijas también adquiría la patria potestad, pero cuando éstas contraían matrimonio entraban a la potestad del pater del esposo y consecuentemente sus hijos.

b.- De la legitimación. - Esta consistía en un acto civil, por medio del cual el hijo, producto de algún concubinato, entraba en la familia del pater y como consecuencia caía en su patria potestad considerándosele como legítimo.

Asimismo, nos indica el autor en consulta tres formas por medio de las cuales se podía realizar la legitimación:

"1.- El 'justo matrimonio' con la madre. Algo que no siempre era posible". Aquí encontramos el antecedente del artículo 354 del Código Civil.

"2.- Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

"3.- La 'oblación a la curia'. En éste caso, el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros

fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia". (20)

c.- De la adopción.- Por medio de la adopción una persona entraba a la familia de un pater y consecuentemente caía en su patria potestad. Era necesario el consentimiento de la persona por adoptar, aunque no se nos indica qué edad debía tener éste para poder dar su consentimiento.

Para que se llevara a cabo la adopción era necesario que realizara el padre natural, tres ventas ficticias del hijo que pretendía dar en adopción mediante mancipaciones, dos de ellas seguidas de manumisiones (libertades): en la última venta, el hijo quedaba en mancipium del comprador, y era necesario que éste lo mancipara también ficticiamente para que así perdiera el padre natural su patria potestad sobre él y que la adquiriera el padre adoptivo. Para las hijas y nietos bastaba una sola mancipación para que se diera el mismo resultado.

d.- Adrogación.- Por medio de la adrogación un paterfamilias adquiere la patria potestad sobre otro paterfamilias.

(20) MARGADANT S., Guillermo Floris. Ob. cit., pág. 203.

Para que ésta se llevara a cabo, había de reunirse algunos requisitos como la capacidad del adrogante, diferencia de edad entre el adrogante y el adrogado y que se reunieran algunos requisitos especiales.

Los pontífices se encargaban de hacer una minuciosa - investigación que los llevaba a determinar si el acto tenía una justa causa y si era favorable para el adrogado. El -- adrogado debía alcanzar la edad de 60 años; sólo se aceptaba que tuviera menor edad de la requerida cuando el adrogante justificara que no estaba en condiciones de tener descendencia o cuando se tratara de la adrogación de un pariente. Para realizar el acto se solicitaba la presencia del adrogado y su consentimiento.

Las consecuencias que generaba la adrogación, según - el autor, eran que el adrogado y las personas sometidas al poder de éste, entraban bajo la patria potestad del adrogante, esto traía como resultado una capitis deminutio mínima. Con la pérdida de la condición que había tenido el adrogado sui iuris tomaba el nombre de gens y el de la familia que - lo adoptaba.

Extinción de la patria potestad

Continuando con la doctrina del maestro Floris Marga-

dant, (21) y para finalizar el punto que nos ocupa, resulta importante señalar las causas que daban motivo para que se - extinguiera la patria potestad.

La patria potestad en el Derecho Romano se extinguía por acontecimientos fortuitos y por actos solemnes.

Como acontecimientos fortuitos tenemos:

- a.- La muerte del paterfamilias o por su capitis deminutio máxima o media;
- b.- La muerte del hijo o por su capitis deminutio máxima o media;
- c.- Por la pérdida de la ciudadanía del padre;
- d.- La esclavitud del padre;
- e.- El matrimonio de una hija cum manu;
- f.- Por el nombramiento del hijo a ciertas altas funciones religiosas o políticas;
- g.- La caída de la esclavitud del hijo;
- h.- Por disposición judicial como castigo al padre.

(21) MARGADANT S., Guillermo Floris. Ob. cit., pág. 206.

Como actos solemnes tenemos:

a.- La emancipación;

b.- La adopción.

La extinción de la patria potestad traía como consecuencia que el hijo se convirtiera en pater familias aun -- cuando no fuera padre, excluyendo para esto el caso de adopción o adrogación del pater familias; asimismo, se convertía en una persona sui iuris, la hija, excepto en los mismos casos, sólo que ella nunca llegaría a ser jefe de una domus (familia); normalmente entraba bajo la tutela de algún pariente.

2.- DERECHO FRANCÉS

El antiguo Derecho Francés, así como el actual, se ve influenciado por el derecho romano en materia de patria potestad; la idea que tenían los romanos de que ésta función fuera ejercida por el cabeza de familia, la consagra el artículo 213 del Código Civil Francés, modificado por la Ley del 22 de septiembre de 1942 que establece que "la patria potestad se ejerce en interés común del matrimonio y de los hijos". (22)

(22) Código Civil Francés, Título IX, Parte Cuarta, Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá - Zamora y Castillo . Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, pág. 363.

Para el análisis que hago a éste derecho, me apego a lo dicho por los maestros Mazeaud en su obra "Lecciones del Derecho Civil", en ella nos dicen que el antiguo derecho francés adopta el principio de considerar al padre como una autoridad en la familia legítima, tomando en cuenta esto, algunos padres abusan de tal autoridad y de acuerdo con el llamado "derecho de corrección" ("era antaño, el derecho de los padres para hacer que fuera encarcelado el hijo")⁽²³⁾ tomaban prisioneros a sus hijos sin dar mayor explicación, por tal motivo, el Parlamento de París resolvió el 9 de marzo de 1673, que podía el padre encarcelar a su hijo mayor de 25 años sólo si obtenía una carta sellada (lettre de cachet) otorgada por el rey, el cual, obtenía de ésta forma una especie de inspección; si el hijo se encontraba en una edad menor de 16 años, la encarcelación se le exigía al presidente del Tribunal Civil, obrando el padre por la vía de autoridad; la encarcelación se consideraba facultativa para el magistrado, cuando el hijo se encontraba en una edad superior de los 16 años, ya que el padre sólo tenía derecho de actuar por vía de requerimiento. A pesar de esto, nos dicen los autores,⁽²⁴⁾ que el abuso de la encarcelación continuó y sólo traía como resultado, que los hijos se mezcla-

(23) MAZEAUD, Henri y León; MAZEAUD, Jean. "Lecciones de Derecho Civil" Volumen Cuarto. La participación del Patrimonio Familiar. Ed. Ediciones Jurídicas, Europa-América. Buenos Aires, págs. 97, 98, 110, 111.

(24) Ibidem., pág. 97.

ran con los demás detenidos obteniendo así su verdadera corrupción.

El Parlamento y en 1804 los Tribunales, estimulados por el rey Luis XIV en una declaración de fecha 8 de marzo de 1704, intervinieron para reprimir los abusos; sin embargo, los encargados de redactar el Código Civil, no se preocuparon por establecer control alguno en la patria potestad, manteniendo el principio de encarcelación.

Nos comentan los Mazeaud, que una vez imposibilitados los Tribunales para retirarle al padre el derecho de ejercer la patria potestad, ya que el legislador se los había atribuido, procedieron a privarlos de ciertos atributos como el derecho de custodia; éste derecho se le confiaba a la madre o en su ausencia a cualquier otro miembro de la familia, o bien, a una institución caritativa, todo esto se hacía para que el hijo no corriera el peligro de encontrar un ambiente corrupto y viciado, sino que lo encontrara sano y favorable pudiendo corregirse de la mala educación o influencias de las que había sido objeto en su propio seno familiar. Cuando llegaba a presentarse el caso de una encarcelación obligatoria solicitada por el padre, los magistrados procedían a un interrogatorio con testigos y de ésta manera calificaban si el hijo había dado motivos graves que ameritaban la encarcelación, en caso de no encontrarlos, la demanda --

era rechazada; esto se trata de una práctica jurisprudencial, ya que los textos legales no establecían en ningún momento el ejercicio de la inspección.

La Ley del 24 de julio de 1889, trataba sobre la protección de los hijos maltratados y moralmente abandonados, Mazeaud considera dicha Ley como una medida drástica en virtud de que trataba sobre la privación total de la patria potestad, por lo que los tribunales seguirían prefiriendo continuar como hasta entonces, retirándole a los padres tan sólo el derecho a ciertos atributos respecto a la patria potestad. Por lo que posteriormente, esta Ley fue derogada por la Ley del 15 de noviembre de 1921, la cual era más flexible y autorizaba pronunciar a los Tribunales una aprobación parcial consagrando así la práctica jurisprudencial.

Mazeaud considera que el decreto de Ley del 30 de octubre de 1935, contempló medidas de vigilancia educativa dando magníficos resultados, por lo que la Ley del 15 de abril de 1943 reorganizó servicios de Asistencia Pública, la cual se ocupa de los menores, así como también dispuso los principales puntos que integran el Estatuto Jurídico de la Infancia Desvalida.

Galindo Garfias manifiesta ⁽²⁵⁾ que los Tribunales franceses obtuvieron una mayor intervención sobre el ejercicio y

(25) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1980, pág. 671

control de la patria potestad hasta la Ley de 1946.

3.- DERECHO ALEMAN

Nos explica Lehmann Heinrich⁽²⁶⁾ que a fines de la Edad Media, en Alemania, existieron varias legislaciones distintas como el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Lombardo Feudal, pero estos derechos no lograron unificarse - jurídicamente, fue entonces que apareció un movimiento que por un lado pretendía aplicar el Derecho Romano pero a la vez también conservar y darle validez a los puntos de vista alemanes.

De acuerdo a los tratadistas Ennecerus Kipp y Wolf en el antiguo Derecho Alemán el padre tenía sobre el hijo la "Munt" que significa "un derecho y un deber de protección por la inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo".⁽²⁷⁾

Recordemos que en el Derecho Romano la patria potestad era considerada como un poder absoluto del padre hacia sus descendientes con la facultad de poder decidir sobre su vida

(26) Cfr. LEHMANN, HEINRICH. "GRANDES TRATADOS GUALES. DEL DERECHO PRIVADO" y Público". Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1956. págs. 23 y 24.

(27) ENNECERUS LUDWING, Kipp Theodor, Wolff Martin. Derecho de Familia", Cuarto Tomo. Volumen II. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1946. págs. 44, 45, 46.

y su muerte, además de ser vitalicio y de que la mujer estaba la manus del pater. Sin embargo, en el Derecho Germánico comentan estos autores, que la patria potestad no tenía carácter vitalicio, ya que el hijo obtenía su emancipación legal cuando adquiría su independencia económica (separatio económica) y la hija al contraer nupcias, a diferencia del Derecho Romano pues sólo por voluntad del pater podía ser emancipado el hijo.

También hace referencia en que el padre no tenía ningún derecho sobre el peculium-castrense y cuasi-castrense, pero sobre las demás propiedades del hijo tenía la administración y el disfrute, existía el principio de que el derecho de disfrute que el padre tenía sobre esas propiedades - podía ser excluido; habiendo muerto el padre, la madre tenía derecho a ser nombrada tutora, es decir, la madre nunca ejercería la patria potestad sobre sus hijos.

4.- DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Español se vio influenciado por el Derecho Germánico en cuanto a la organización de la patria potestad, como lo expresan Pérez González y Castán Tobeñas en los estudios de comparación que hacen de la legislación española y la legislación alemana ⁽²⁸⁾, ellos mismos nos dicen que -

(28) Cfr. ENNECERUS, LUDWIG, *Ob. cit.*, Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas págs. 48 y 49.

la patria potestad en España, se vió limitada por las leyes visigodas y la monarquía castellana ; por medio de estas limitaciones la patria potestad, lejos de tener influencia sobre el Derecho Romano, prohibía la venta de los hijos así como donarlos o darlos en prenda, sancionando a quien lo hiciera con la nulidad del acto así como con la pérdida del precio que el comprador hubiera dado por el hijo.

En Las Partidas , dice Galindo Garfias (29), que a la patria potestad se le denominaba officium virile y aun que era considerado como un poder absoluto y perpetuo en favor del padre, limitaban a este a castigar al hijo de una manera moderada, igualmente nos dice este autor que la influencia del Derecho Germánico destaca sobre todo en el derecho aragonés y en el Fuero III de Tutoribus que presenta al padre y a la madre como tutores de sus hijos, ya que la patria potestad era considerada desde la Edad Media no como una autoridad, sino como una institución de los menores hijos.

También nos habla este autor de que en el principio aragonés se niega la validez del concepto romano de patria potestad: "Item de consuetudine regni non habemos patriam potestatem" (30), este principio es interpretado de distintas

(29) Cfr, GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Ob.cit., pag. 670

(30) Idem. pág. 670

maneras, agrega el autor, algunos autores se apegan a la -- idea que la patria potestad no existía en el derecho aragonés y que estaba organizado de acuerdo a los principios romanos, otros según dice Pérez González y Castán Tobeñas (31), piensan que la patria potestad si existía en este derecho, - pero sólo para todo aquello que de alguna forma fuera a favorecer al hijo, correspondiéndole a estos el usufructo y - dominio de los bienes.

Siguiendo los estudios comparativos de éstos catedráticos españoles respecto a la legislación alemana en materia de patria potestad, tenemos que en España, tampoco era vitalicia la patria potestad, pues bastaba sólo la independencia económica del hijo para que ésta se extinguiera; la Ley 47 del Toro, reconocía la emancipación legal de los hijos, cualquiera que fuera su sexo cuando contraía matrimonio.

En lo referente a la coparticipación de la madre para - ejercer la patria potestad sobre sus hijos, al igual que en el Derecho Alemán y a diferencia del Derecho Romano, aparecía con la muerte del padre; es importante señalar que en - casi todas las antiguas leyes españolas, existía tal coparticipación en variadas formas: en el Fuero de Briviesca, en el Fuero de Vizcaya, en el Texto Leovigildeno de procedencia auriceana, conservado por Resesvinto en su Liber iudiciorum, entre otros, se le considera como "una potestad sub

(31) Cfr. PEREZ GONZALEZ Y CASTAN TOBEÑAS. Ob. cit., pag. 47.

sidiaria o de derecho de patria potestad en el defecto y sustitución de la del padre"⁽³²⁾. Sin embargo, en textos -- como el Fuero Viejo y en el Libro de los Fueros de Castilla y Fueros de tipo Cuenca-Teruel, encontramos a la patria potestad manejándose de una manera conjunta y solidaria del padre y la madre y que sólo iba a desaparecer cuando uno de éstos muriera, transformándose así en una tutela ejercida por el cónyuge supérstite con la intervención de los parientes -- defendiendo siempre los intereses de los hijos. Cabe señalar, que las Partidas fueron las únicas que no aceptaron que la madre ejerciera sobre sus hijos la patria potestad.

5. DERECHO ARGENTINO

El 21 de octubre de 1919 con la Ley 10.903 fueron reformados los artículos 264, 306 a 310, 329, 393 y 457 del Código Civil argentino; con dicha reforma se llegó a un cambio sobre el concepto de la patria potestad, según dice Juan Carlos Reborá⁽³³⁾ en los comentarios que hace precisamente a ésta reforma, dicho cambio consistió en organizar los derechos y las obligaciones de los padres hacia todos los hi-

(32) PEREZ GONZALEZ Y CASTAN TOBERAS. Ob cit., pág. 48.

(33) NOTA 141 de Juan Carlos Reborá del Código Civil de la República Argentina. Tipográfica Editora. Buenos Aires, 1965. pág. 105.

jos, dejando atrás la idea de que el padre sólo tenía derechos sobre el hijo legítimo.

6. DERECHO MEXICANO

Para adentrarnos a la patria potestad en el Derecho Mexicano es necesario que analicemos un poco las costumbres de nuestros antepasados de educar a sus hijos; para ello escogí a los aztecas por ser aquellos que se establecieron en el Valle de México.

Si bien es cierto que la patria potestad no era institución reconocida por los aztecas como la concebían los antiguos romanos, la idea de educar y proteger a los hijos ocupaba un lugar importante; dicen los historiadores que he consultado, Elvira de Loredo y Sotelo Inclán ⁽³⁴⁾ que al sistema de educación que ellos impartían a sus hijos se atribuye en gran parte al rápido progreso de la cultura. En los primeros años de vida de un niño, los padres eran los encargados de su educación, luego, la educación pasaba a manos del Estado.

El padre era el encargado de educar a los niños y la ma

(34) Cfr. DE LOREDO, ELVIRA Y SOTELO, INCLAN JESUS. "HISTORIA DE MEXICO". Ed. Trillas, México, 1966. pág. 208.

dre a las niñas, esto era debido a que a los niños se les enseñaba a manejar el arco y la flecha, así como todo aquello útil para el trabajo de un hombre, en cambio, a la niña su madre la enseñaba a tejer, cocinar, en fin todo aquello considerado como labor femenina.

Los padres podían castigar a sus hijos cuando sus consejos e indicaciones no eran acatadas; dichos castigos, nos señalan De Loredo y Sotelo⁽³⁵⁾, consistían en poner al niño sobre el humo provocado al quemar el chile con el fin de hacer llorar sus ojos, les eran clavadas púas de maguey, los amarraban desnudos sobre un charco durante toda la noche, estos castigos los aztecas no los veían como excesivos, ya que de esta manera, el cuerpo del niño se preparaba para los sacrificios que de grandes eran impuestos por la religión.

Una vez que el hijo aprendía las labores que el padre pudiera enseñarle, los llevaban al colegio para que empezara su educación pública. Nos dicen De Loredo y Sotelo⁽³⁶⁾, -- que la educación estaba organizada de tal manera que se satisficaban los ideales del Estado, la religión y la guerra.

(35) Cfr. DE LOREDO, ELVIRA Y SOTELO, INCLAN, JESUS. "HISTORIA DE MEXICO". Ed. Trillas, México, 1966. pág. 208.

(36) Idem., pág. 211.

Llevada a cabo la Conquista, el sistema de derecho indígena fue remplazado por las leyes españolas: las Leyes de -- Indias, las Leyes de las Partidas, las Leyes del Toro, etc., fue hasta el 8 de Diciembre de 1870, bajo el Gobierno de Benito Juárez, que el Congreso aprobó el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California. A este Código le sucedió el del 31 de Marzo de 1884, bajo el Gobierno de - Porfirio Díaz, el cual sufrió grandes reformas cuando fue publicada la Ley de Relaciones Familiares de Venustiano Carranza en 1917. Por último, el 30 de Agosto de 1929, bajo la Presidencia del General Calles, se expidió el actual Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, el --- cual ha experimentado hasta nuestros días de grandes reformas.

En cuanto a la historia de nuestra Constitución Mexicana --- na podemos recordar que México durante la dominación española se encontraba bajo el sistema absolutista de que el poder emanaba del rey. La fuente de inspiración y el antecedente -- histórico más importante de nuestras primeras constituciones lo fué, la Constitución de Cádiz, la cual tuvo un carácter liberal.

El 22 de Octubre de 1914 en Apatzingán, Michoacán, fué aprobada la Constitución conocida como "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" de José María Morelos y Pavón; si bien es cierto que esta Constitución careció de efectividad, no podemos negar que fue la primera base constitucional en la historia de México.

Una vez declarada la Independencia, se convocó a un primer Congreso Constituyente que fracasó, por lo que más tarde se llamó a un Segundo Congreso Constituyente el cual publicó el 31 de enero de 1824 el Acta Constitutiva de la Federación que adoptaba el Sistema Federal y el 4 de octubre del mismo año se expidió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos inspirada en las Constituciones española, inglesa y norteamericana; pero el 30 de diciembre de 1836 se dio fin al sistema federal y se adoptó el federalismo al publicarse las Actas de Reforma, la cual dió nuevamente vigencia a la Constitución Federal de 1824; el día 5 de Febrero de 1857 -- fue promulgada la Constitución Política de la República Mexicana bajo el Gobierno de Ignacio Comonfort con tendencia individualista.

Y así, el 5 de Febrero pero de 1917, en la Ciudad de Querétaro y bajo el Congreso Constituyente que fue convocado por Venustiano Carranza se promulga nuestra actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6.1.1 Constitución Mexicana de 1824

Durante la dominación española, nuestro país se encontraba, bajo el sistema absolutista, es decir, el poder emanaba del rey, el cual estaba representado por el virrey, y la

voluntad del pueblo no era tomada en cuenta.

La Constitución de Cádiz que regía en España en 1812, tiene importancia en nuestro país en virtud de que fue ésta fuente de inspiración y primer antecedente histórico de las Constituciones que han regido en nuestro país, igual importancia tiene la Constitución de 1814 llamada "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana"⁽³⁷⁾ y la --cual se debe a José María Morelos y Pavón; a pesar de no haber tenido efectividad alguna fue la base del movimiento de Independencia Mexicana.

Una vez consumada la Independencia Mexicana, se convocó a un Congreso Constituyente el cual no pudo realizarse; --pero el 30 de octubre de 1923 se reunió un Segundo Congreso en juntas preparatorias, este Congreso el 31 de enero de 1924 otorgó un documento llamado Acta Constitutiva de la Federación y con ella se adquiría el sistema federal, además de crearse los Estados, de establecerse el bicarismo para el Congreso creando el Senado y la Cámara de Diputados.

Los trabajos para el proyecto de la Constitución Federal fueron aprobados el 3 de octubre de ese mismo año y publicados el día 5; dicha Constitución toma el nombre de "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos"⁽³⁸⁾. En es

(37) SOTO PEREZ, Ricardo. "Nociones del Derecho Positivo Mexicano". Editorial Esfinge, S.A. Sexta Edición. México, 1976. pág. 19.

(38) Ob. cit., pág. 20.

ta Constitución se hablaba de los Derechos del Hombre (ahora Garantías Individuales), a pesar de que se imponía la -- religión católica como obligatoria, por lo que éstas garan -- tías quedaban restringidas tan sólo a la libertad de prensa y de pensamiento. (39).

6.1.2 Constitución Mexicana de 1857

El 5 de Febrero de 1857, fue promulgada y jurada la -- Constitución Política que organizaba al país en forma de Re -- pública, representativa, democrática, federal.

En dicha Constitución se otorgaban derechos humanos muy importantes como el reconocimiento de las garantías de igual -- dad, libertad, propiedad y seguridad; se hablaba en ella de la "abolición de fueros", de la "desamortización de bienes" de corporaciones civiles y religiosas y la "libertad de en -- señanza". (40)

(39) Ob. cit., pp. 242

(40) MIRANDA BASURTO, Angel. "La Evolución de México". Editorial Herre -- ro, S.A., México, 1969. pág. 394.

Fue así que el clero mexicano insitado por el Papa Pío IX rechazó la Constitución pues se le consideraba como un insulto a la religión, teniendo por excomulgados a los funcionarios y empleados que la siguieran, por lo que Comonfort actual Presidente de la República, optó por derogarla y suplirla por una nueva Constitución, sin embargo se vió solo al ser desconocido como Presidente por lo que tuvo que huir a los Estados Unidos de Norteamérica.

Benito Juárez en su calidad de vicepresidente, quedó con el compromiso de defender la Constitución, tropezando su gobierno con muchas dificultades para hacer que los caciques cumplieran las leyes, pues con las nuevas disposiciones de ésta Constitución, los excesivos derechos de que gozaban los inversionistas extranjeros se derogaban lo que provocó problemas posteriores de gran magnitud.

6.1.3 Constitución Mexicana de 1917

La Constitución que nos rige presenta grandes cambios respecto a la Constitución de 1857, transformó parte de su doctrina liberal, de contenido individualista e incluyó --- principios avanzados de reforma social y derechos a favor de los campesinos y obreros, no en vano se ha dicho que es la primera Constitución social del mundo.⁽⁴¹⁾

(41) Cfr. MORENO? DANIEL. Ob. cit., pag. 515

"El contenido de la vigente Constitución de México, aprecerá, pues, bajo esa dualidad socioliberal que la lleva a establecer los derechos públicos individuales, de la misma manera que la hace proteger al débil y tutelar al desamparado, mediante una serie de derechos sociales que a partir de ese momento mexicano, empiezan a constitucionalizarse en el mundo entero".⁽⁴²⁾

Con lo que anteriormente transcribí queda justificado ----- lo dispuesto por el artículo 1º Constitucional el cual a su letra dice:

"Art. 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, las cuales no podrán restrin - girse ni suspenderse, sino en los casos y con - las condiciones que ella misma establece".⁽⁴³⁾

(42) SAYEG HELU, Jorge. "Introducción a la Historia Constitucional de México". Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1978. pág. 164.

(43) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ediciones de la Gaceta, Informativa de la Comisión Federal Electoral, Terecera Edición Actualizada, México, 1982.

6.2.1 Código Civil de 1870

Benito Juárez, mediante las Leyes de Reforma llevó a cabo la "desacralización o secularización" del matrimonio y la familia, las cuales fueron integradas y desarrollada la organización de éstas por el Código Civil de 1870 de --- acuerdo a los siguientes puntos, que nos indica.

a.: Definió el matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (art. 159).

b.: Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetivos del matrimonio (art. 198).

c.: Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, obligando a ésta a vivir con aquél y a obedecerlo en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes, y a recabar la licencia del esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso, (art. 199, 201 y 204 a 207).

Como contrapartida, obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa (art. 200 y 201).

d.-. Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de aquél podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad (art. 392-I y 393).

e.- Clasificó a los hijos legítimos y en hijos fuera de matrimonio, subdividiendo a éstos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, "ex nefario vel damnato coitu", o sea los adúlteros y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían (art. 383 y 3460 a 3496).

f.- Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado (art. 2102 y 2131 a 2204).

g.- Instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las 'legítimas' o porciones hereditarias que, salvo causas excepcionales de desheredación, se asignaba por ley en diferentes cuantías y combinaciones a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia (arts. 3460 a 3496).

6.2.2 Código Civil de 1884

Pasaron trece años para que se expidiera un nuevo Código Civil el cual se promulgó el día 21 de marzo de 1884 bajo el régimen presidencial del general Manuel González.

"Pocas modificaciones sufrió la legislación civil, señalando únicamente como importantes, el principio de la libre testamentifacción, aboliendo así la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas. Según Jacinto Fallares la reforma de la libre testamentifacción obedeció al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desaveniencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general"⁽⁴⁵⁾.

Durante la vigencia de éste Código Civil, no se tuvo ninguna modificación respecto a la patria potestad y continuó siendo ejercida por el padre únicamente hasta la llegada de la Ley de Relaciones Familiares en 1917 de la cual me ocuparé más adelante.

(45) SANCHEZ MEDAL, Ramón. "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México". Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. pág. 13.

6.2.3 Ley de Relaciones Familiares

El 9 de abril de 1917 el General Venustiano Carranza -- expidió la Ley de Relaciones Familiares, usurpando funciones que no le correspondían; así lo hizo notar el Organó de la Barra de Abogados de aquél entonces, originando un "vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida"⁽⁴⁶⁾.

Esta Ley generó transformaciones substanciales en la familia y el matrimonio con las siguientes bases:

- A.- El matrimonio se convirtió disoluble;
- B.- Igualdad en la categoría de hijos naturales;
- C.- Nace la figura civil de la adopción.
- D.- Aparece el Régimen de Separación de Bienes substituyendo al Régimen Legal de Gananciales; y,
- E.- Igualdad del Hombre y la Mujer en el matrimonio.

El maestro Sánchez MedaI nos explica cada uno de estos puntos de los cuales resumo lo siguiente:

A.- Se dan una serie de causales para poder incurrir a la disolución del matrimonio, incluso el mismo consentimiento

(46) Citado por SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. cit., 23.

to de ambos cónyuges, lo que originaba la desaparición del matrimonio indisoluble.

B.- Acabó con aquella distinción que había entre los hijos naturales y los hijos espurios y los facultó a llevar únicamente el apellido del progenitor que los hubiere reconocido, sin embargo, no les concedió el derecho de heredar de su progenitor, así como también les negó el derecho de alimentos, siendo que los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 se los otorgaba.

C.- Acogió la adopción en México; anteriormente en el proyecto del Código Civil de Justo Sierra, 1861, había sido rechazada, pues se le juzgaba inútil y contraria a las buenas costumbres.

D.- Desapareció el Régimen Legal de Gananciales, siendo sustituido por el Régimen de Separación de Bienes, además, cualquiera de los consortes podía solicitar la liquidación de la Sociedad Conyugal en caso de haberse celebrado el matrimonio bajo este régimen.

E.- En cuanto a la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, se tuvo por desaparecida la potestad marital que oprimió tanto a la mujer, y otorgó el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a ambos consortes, encomendándoles a cada uno de ellos la obligación al hombre, de darle alimentos a su cónyuge y de proporcionar todo lo necesario

para el buen sostenimiento del hogar, y a la mujer, la obligación de atender su hogar, siendo ella la encargada de cuidar y dirigir a sus hijos en la misma proporción que el gobierno de su hogar.

6.3 ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO

6.3.1 Legislaciones anteriores al Código Civil de 1957

En el año de 1884 el Estado de México adoptó como legislación civil aquella que regía en el Distrito Federal, es decir, el Estado de México, no tenía legislación civil propia; éste Código Civil adoptado tuvo vigencia hasta 1928 ya que fue en éste año que entró en vigor el primer Código Civil del Estado de México, el cual tuvo vigencia hasta el año de 1937, en virtud de que por Decreto del 9 de agosto de 1937 entraba en vigor un nuevo Código Civil que se mantuvo vigente hasta el año de 1957.

6.3.2 Código Civil de 1957

Bajo el gobierno del Ingeniero Salvador Sánchez Colín, el 9 de diciembre de 1956, se mandó publicar en la Gaceta de Gobierno el nuevo y actual Código Civil para el Estado de México, quedando abrogado el anterior Código Civil del Estado de México.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.- Concepto de Patria Potestad

Del latín patrius, a, um, lo relativo al padre, y po - testas, potestad. La costumbre, en la mayoría de las legislaciones del mundo ha hecho que perdure el nombre de patria potestad denominación que en ésta época resulta inexacta, - pues no se concibe como "patria" ni como "potestad"⁽⁴⁷⁾

En el antiguo derecho romano, la patria potestad con - sistía en el poder del padre, no solo sobre sus descendientes sino también sobre todo el grupo familiar. Conforme al paso del tiempo ha dejado de ser un poder exclusivo del padre, dejándolo de ser egoísta y autoritario, perdiendo ese ca - rácter despótico y se presenta como una institución tuitiva con la única intención de proteger a los menores tanto en - su persona como en sus bienes, y precisamente por ello, se ha pensado qué nombre sería el más adecuado para esta insti

(47) MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. págs. 339 y 340

tución que vaya de acuerdo con el significado que tiene en la actualidad. En Francia, se pensó en llamarle "De la autoridad de los padres y de las madres", pero esta idea no trascendió; en el Código de familia ruso de 1918 se llegó a un cambio y de patria potestad pasó a ser llamada "Derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres"⁽⁴⁸⁾. En México, aún persiste esta antigua denominación.

Pero, ¿cuál es el concepto actual de la patria potestad? Para contestar a ello cito distintas definiciones de algunos autores:

Galindo Garfias dice que la patria potestad "Es una -- institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente" ⁽⁴⁹⁾

Montero Duhalt nos dice que la patria potestad "Es una institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad" ⁽⁵⁰⁾.

(48) MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984, pág. 340.

(49) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob cit., pág. 667.

(50) MONTERO DUHALT, Sara. Ob cit., pág. 339

El maestro Rafael de Pina la define como el "Conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria"⁽⁵¹⁾.

También Colín y Capitant dan una definición de patria potestad diciendo que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados"⁽⁵²⁾.

Por último Planiol define la patria potestad como "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales"⁽⁵³⁾.

2.- Fundamentos de la Patria Potestad

Conforme a lo dispuesto por el maestro Galindo Garfias ⁽⁵⁴⁾ sobre los fundamentos de la patria potestad decimos que el

(51) DE PINA, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Volumen I: Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975. pág. 373.

(52) Citado por GALINDO GARFIAS en su obra "Derecho Civil". Cuarta Edición. Editorial Porrúa. S.A., México, 1980. pág. 667.

(53) Citado por GALINDO GARFIAS, Ob. cit., pág. 668.

(54) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., págs 672 y 673.

origen de la patria potestad lo encontramos en el hecho natural de la paternidad y la maternidad; es decir, tiene lugar sobre los hijos de matrimonio e hijos fuera de matrimonio, y los progenitores serán los que estén a cargo de los derechos y obligaciones que otorga el ejercicio de la patria potestad.

2.1 Caracteres de la relación paterno filial.

Sobre este respecto Sara Montero Duhalt nos dice: "a) Es un cargo de interés público, b) Irrenunciable, c) Intransferible, d) Imprescriptible, e) Temporal, f) Excusable" (55).

Para una mejor comprensión de éstas características es conveniente analizar cada una de ellas:

a). Cargo de interés público: La intervención del Estado se deriva del interés y necesidad que tiene éste para que el ejercicio de la patria potestad se lleve a cabo de una manera normal cumpliendo con los fines que la caracterizan.

b). Irrenunciable: El artículo 6º de los Códigos Civiles del Distrito Federal y del Estado de México establecen:

(55) MONTERO DUHALT, Sara. Ob cit., pág. 342.

"La voluntad de los participantes no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla, ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Y de acuerdo a ésta disposición los artículos 448 y 430 de los Códigos Civiles en mención determinan que "la patria potestad no es renunciabile".

De lo anterior se deduce que a la patria potestad no se puede renunciar porque es un derecho de interés público y su renuncia afectaría los intereses de terceros que en este caso sería los de los menores, además, renunciar a ella significa renunciar a la responsabilidad más importante e inherente que contrae un sujeto al convertirse en padre, desprotegiendo con ello a los seres más indefensos de nuestra sociedad, **los niños**.

c) **Intransferible:** La patria potestad está fuera de comercio. No puede por tanto transmitirse por ningún título oneroso ni gratuito.

La patria potestad está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a los padres o ascendientes que la ejerzan. La patria potestad podrá ser transmiti-

da únicamente por la adopción, ya que los padres o abuelos - que la ejerciten al consentir que el menor sea dado en adopción transmiten con ello el ejercicio de la patria potestad a los adoptantes. Así lo establecen los artículos 403 y 385 de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Estado de México respectivamente:

"Los derechos y obligaciones que resultan - del parentesco natural no se extinguen por - la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo".

d) Imprescriptible: El ejercicio de la patria potestad no se pierde ni se adquiere por el solo transcurso del tiempo; esto quiere decir que el hecho de que una persona familiar o no del menor que no tiene derecho a ejercer la patria potestad sobre de él, lo tenga bajo su protección y cuidado, no adquiere por ello el derecho al ejercicio de la patria potestad.

e) Temporal: Los hijos no van a estar sujetos a la patria potestad por tiempo indefinido; no es vitalicio. Con la muerte de quienes deban ejercerla, al adquirir la mayoría de edad (18 años), o al ser emancipado por medio del matrimonio, dejarán de estar sujetos a ella; de esta manera está establecido en los artículos 443 y 425 de los Códigos Civi -

les del Distrito Federal y Estado de México respectivamente.

f) Excusable: Podrán los que ejerzan la patria potestad excusarse de ella si se encuentran en los casos previstos de las fracciones I y II de los artículos 448 y 430 de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Estado de México respectivamente.

Estos artículos establecen que cuando se tengan 60 años cumplidos y/o por su mal estado habitual de salud impida poder atender debidamente a su desempeño, serán excusas suficientes para que cese éste ejercicio; pero éstas excusas no deben traducirse en un deber, es decir, que aunque los padres o abuelos que la ejerciten rebasen la edad señalada de 60 años o no se encuentren en un buen estado de salud, podrán seguir desempeñando este ejercicio si acaso fuera benéfico para el menor.

2.2 Efectos sobre la persona del hijo

La patria potestad se ejerce sobre la persona y sobre los bienes del hijo. En cuanto a la persona del hijo, la patria potestad impone a los ascendientes que la ejercen una serie de deberes:

a). Alimentos: El artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal, así como el 287 del mismo ordenamiento

jurídico que rige en el Estado de México, nos habla del deber que tienen los ascendientes con los menores de suministrarles alimentos.

Los alimentos comprenden no solo la comida sino también el vestido, la habitación, la asistencia en casos de enfermedades y educación escolar, así como también algún oficio, arte o profesión honesta, como lo establecen los artículos 308 del Distrito Federal y 291 del Estado de México de sus Códigos Civiles respectivos.

Este deber de los padres no desaparece con la mayoría de edad de los hijos, pero éstos últimos también se verán obligados a proporcionarles alimentos a sus padres en caso necesario.

b). Educación, Corrección y Ejemplaridad: Cuando el hijo esté sujeto a la patria potestas "no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente", así lo establecen los artículos 421 y 403 de los Códigos Civiles vigentes en el Distrito Federal y Estado de México respectivamente; de ésta manera, el derecho que tienen los padres de guarda y custodia y vigilancia de la conducta del menor, podrá ser llevada a cabo, situación que no sería posible si el menor no conviviera con ellos.

El hecho de que alguno de los padres no viva en casa -

del menor, quizá por razón de divorcio, no significa que la patria potestad deje de ejercerse por el padre ausente; para ello, deben presentarse ciertas causales que más tarde analizaré. Lo único que pierde el padre ausente es la guarda y custodia sobre el menor.

Los padres deben educar a sus hijos convenientemente, corrigiéndoles y dándoles un buen ejemplo de conducta, así lo establecen los artículos 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal y 404 y 405 del mismo ordenamiento jurídico vigente en el Estado de México; cabe señalar y hacer notar que el artículo 405 del Código Civil para el Estado de México, establece lo siguiente:

"...tienen la facultad de corregirlos
y castigarlos mesuradamente..."

Disposición que no contempla de esta manera el Código Civil para el Distrito Federal, ya que tuvo una reforma en 1974 mediante la cual fue suprimida precisamente la facultad de los padres de castigar a sus hijos en una forma mesurada, ya que algunos padres abusaban de la facultad otorgada e imponían a sus hijos fuertes castigos que en ocasiones les causaba la muerte; queriendo evitar esto se privó a los padres de tal facultad, en cambio, podrán solicitar auxilio a las autoridades para que en caso necesario apliquen amonestaciones y correctivos que sirvan de apoyo a los padres.

El Código Civil para el Estado de México también contempla esta disposición de solicitar ayuda a las autoridades en caso necesario; pero aún permite el castigo de los padres hacia los hijos de manera mesurada, es decir, con moderación.

c). Domicilio: El domicilio legal del menor será el mismo que tengan aquellos que ejerzan la patria potestad, y en caso de divorcio el menor deberá tener como domicilio -- aquel mismo de la persona que tenga la guarda y custodia, -- así lo establece el artículo 32, fracción I del Código Civil para el Distrito Federal y el mismo artículo del Código Civil para el Estado de México.

2.3 Efectos sobre los bienes de los hijos

Es preciso recordar que en el Derecho Romano los bienes que adquiría el hijo pertenecían al pater y con el transcurso del tiempo y la evolución histórica, se fueron aceptando poco a poco los bienes en los que el pater solo conservaba un derecho de voz.

En las legislaciones del Distrito Federal y del Estado de México, los hijos mientras se encuentren sometidos a la patria potestad no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes; esto se deduce de lo establecido en los artículos 647 del Código Civil para el Distrito Federal y 624 del Código Civil para el Estado de México.

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

El menor emancipado por el matrimonio dispone libremente de sus bienes aunque con ciertos requisitos:

"El emancipado tiene 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". (56)

Las legislaciones civiles en estudio clasifican los bienes de los menores en dos:

1.- Bienes que adquieren por su trabajo.

2.- Bienes adventicios, o sea aquellos que adquiere por cualquier otro título ya sea herencia, legado, donación, etc. (57)

(56) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Artículo 643. Ed. Porrúa, S.A., 52a. Ed. México, 1986. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, Artículo 620. Librerías Teocalli, México, 1986.

(57) Ob. cit., artículos 428 y 410 respectivamente.

Asimismo, estas legislaciones establecen que los ascendientes que ejerzan la patria potestad son los representantes legítimos de los que se encuentran sometidos a ella, los que tienen la administración legal de los bienes de los menores, sin embargo, los bienes que el menor adquiriera por su trabajo le pertenecen en propiedad, en administración y usufructo por lo que los padres no tendrán intervención alguna; en cambio, los bienes adventicios pertenecen en propiedad al menor, así como la mitad del usufructo y a los que ejerzan la patria potestad corresponde su administración y el resto del usufructo, siempre y cuando el testador o donante no haya dispuesto que el usufructo pertenezca al menor en exclusiva o que éste se destine a un fin determinado. (58)

Pueden los padres renunciar a la mitad del usufructo haciendo constar su renuncia por escrito o por cualquier otro modo que no deje lugar a dudas. Esta renuncia hecha a favor del hijo se considera como donación. (59)

La administración que tienen los padres sobre los bienes de los hijos es limitada ya que no pueden disponer libremente de los bienes pues si el ejercicio de la patria potestad

(58) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, artículos 425, 430. Ed. Porrúa, S.A., 55a. ed. México, 1986. Y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, artículos 407 y 412. Librerías Teocalli, México, 1986.

(59) Ob. cit., artículos 431 y 432 para el Distrito Federal y artículos 413 y 414 para el Estado de México.

testad es compartido, es decir por el padre y la madre, o -- por el abuelo y la abuela, y aunque la ley señale que el administrador será único, designado de común de acuerdo, el designado no podrá hacer ninguna gestión sin consultar a su -- consorte, igualmente necesitará de su consentimiento al realizar actos de importancia como también de la autorización judicial cuando esté representando al menor en juicio y de -- see celebrar algún acuerdo para concluir el juicio. (60)

Los que ejerzan la patria potestad no podrán enajenar ni gravar de manera alguna los bienes inmuebles y los bienes preciosos del hijo, a menos que por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio se requiera de ello, pero será -- necesaria la autorización judicial y una vez concedida, el -- juez que la autorizó deberá vigilar que el producto de la -- venta se destine a lo previsto, ya sea que adquiera un buen inmueble o se hipoteque en favor del menor y el producto se deposite en una institución de crédito. (61)

Las facultades de representación del menor también es -- tarán limitadas en los siguientes actos:

(60) Idem. Artículo 426 y 427 para el Distrito Federal y 408 y 409 para el Estado de México.

(61) Idem. Artículos 436, primer párrafo para el Distrito Federal y 418 para el Estado de México.

a.- No podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años;

b.- No podrán recibir rentas anticipadas por más de dos años;

c.- No podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menos valor que el que se coticie en la plaza el día de la venta;

d.- No podrán hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos;

e.- No podrán dar fianza en representación de los hijos. (62)

Cuando los réditos y las rentas de los bienes cuya propiedad pertenezca al hijo se venzan antes de que los que --- ejerzan la patria potestad entren en posesión de los bienes, pertenecerán exclusivamente al menor sin que sean fruto que deban gozar los que la ejerciten. (63)

Por lo general los que ejercen la patria potestad son los mismos obligados a proporcionar alimentos a los menores, por lo tanto, el importe de los alimentos será deducido de la mitad del usufructo que corresponde a los que la ejercen, pero si no alcanzara a cubrir todos los gastos de alimentos,

(62) Idem. Artículos 436, párrafo segundo para el Distrito Federal y 418 párrafo segundo para el Estado de México.

(63) Idem. Artículos 433 para el Distrito Federal y 415 para el Estado de México.

lo que falte por cubrirlos será por cuenta propia de los -- obligados. (64)

El usufructo de los bienes que se les otorgan a los -- que ejercitan la patria potestad trae consigo obligaciones -- como las de hacer un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar a su disfrute, no modificar su forma ni sustancia, usarlos para el objetivo destinado, devolverlos cuando se - extinga el derecho, etc., además de las que se les impone a los usufructuarios con la excepción de dar fianza, a menos que se presenten algunos de éstos casos:

I. Cuando los que ejerzan la patria potestad sean de clarados en quiebra o estén concursados;

II. Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III. Cuando su administración sea notoriamente ruino- sa para sus hijos. (65)

Podrá el hijo ser su propio administrador, cuando así lo conceda la ley o bien, por voluntad de los padres, y se le considerará respecto a la administración como emancipado, pero se verá restringido para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. (66)

(64) Idem. artículos 319 para el Distrito Federal y 302 para el Estado de México.

(65) Idem. artículos 434 para el Distrito Federal y 416 para el Estado de México.

(66) Idem. artículos 435 para el Distrito Federal y 417 para el Estado de México.

2.5 Patria Potestad que asume el adoptante

La adopción va a crear una relación de paternidad en -
tre el adoptante y el adoptado; el vínculo jurídico solo --
existirá entre ellos, es decir, el adoptado permanecerá sien-
do jurídicamente un extraño para la familia del adoptante. -
"La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán úni-
camente las personas que lo adopten"⁽⁶⁷⁾

La patria potestad será transmitida al padre adoptivo
de una manera general; entre el adoptado y el adoptante se -
darán los mismo vínculos existentes entre un padre con su --
hijo y se darán los mismo efectos jurídicos,⁽⁶⁸⁾ salvo la di-
ferencia comentada de que por ser un extraño el adoptado pa-
ra la familia del adoptante, los padres de éste, nunca pasa-
rán a ejercer la patria potestad sobre el adoptado; en caso
de muerte del adoptante, la patria potestad se acaba y al --
adoptado se le nombrará un tutor.⁽⁶⁹⁾

Sara Montero Duhalt⁽⁷⁰⁾ nos dice que los padres del me-
nor que se va a dar en adopción transmitirán la patria potes-

(67) Idem. artículos 419 para el Distrito Federal y 401 para el Estado de México.

(68) Idem. artículos 395, primer párrafo para el Distrito Federal y 377 para el Estado de México.

(69) Idem. artículos 428, fracción I para el Distrito Federal y 463, -- fracción I para el Estado de México.

(70) MONTERO DUHALT, Sara. Ob. cit., pág. 345.

tad al adoptante, a menos que se desconozca quienes son los padres del menor ya que en tal caso no se transmite la patria potestad sino se crea.

3.- Naturaleza de la Patria Potestad

3.1 Elementos de la Patria Potestad

En el Derecho Mexicano, la patria potestad es ejercida por ámbos progenitores en igualdad de derechos, no sucede -- así en las legislaciones vigentes de algunos de los derechos analizados en el Capítulo I, en estos derechos, la patria -- potestad es ejercida por el padre únicamente y la madre ad -- quiere una potestad supletoria, o bien la madre, al morir el padre, tiene el derecho de ser nombrada tutora de sus hijos. Cabe señalar que ninguno de éstos derechos otorga el ejercicio de la patria potestad a los abuelos en sustitución a los padres como sucede en nuestro derecho. Transcribo en seguida las disposiciones que contemplan estos derechos en materia de patria potestad y que señalan a quién corresponde ejercer este derecho:

Derecho Francés

En Francia, aunque la patria potestad es atribuida a ambos padres, el ejercicio a ella no; pues el derecho de éstos no se encuentra en el mismo plano.

"Art. 373. Esa autoridad le pertenece al padre y a la madre. Durante el matrimonio es ejercida por el padre en su carácter de cabeza de familia.

Salvo resolución en contrario del tribunal de mayor cuantía de la residencia de la madre, que fallara en Cámara de Consejo, a instancia del Ministerio Público, de conformidad con los artículos 4º a 9º de la Ley del 24 de julio de 1889, esa autoridad se ejerce por la madre:

1º En caso de privación total o parcial de los derechos de patria potestad del padre, en virtud de la Ley del 24 de julio de 1889, por aquellos derechos que se le hayan retirado.

2º En el caso de que el padre no tenga ya el carácter de cabeza de familia: o sea, si estuviera imposibilitado para manifestar su voluntad en razón de su incapacidad, de su ausencia de su alejamiento o de cualquiera otra causa.

3º En caso de condena del padre por abandono de la familia, aún cuando no se haya pronunciado la privación de sus derechos.

En este caso el padre recupera el ejercicio de la patria potestad a su regreso;

4º En caso de abandono por el padre de sus derechos de patria potestad, sin el concurso de la madre, en virtud del artículo 17 de la Ley del 24 de julio de 1889". (71)

Derecho Alemán:

En Alemania, es el padre quien tiene el ejercicio de la patria potestad; la madre va a tener solo el cuidado de la persona del hijo, ya que su potestad es sucesoria.

"I. Patria potestad del padre.

1.627. El padre, en virtud de la patria potestad, tiene el derecho y la obligación de velar por la persona y el patrimonio -- del hijo.

1.634. Junto al padre, mientras la duración del matrimonio, la madre tiene el derecho y la obligación de velar por la persona del hijo; para la representación del hijo no está autorizada, sin perjuicio de la disposición del párrafo 1.685, párrafo 1º. En una diversidad de opinión entre los padres, prevalece la opinión del padre.

(71) CODIGO CIVIL FRANCES. Título IX. Parte Cuarta, Volumen IV, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas, Europa América, Buenos Aires, pág. 363.

2. Patria potestad de la madre.

1.684, Corresponde la patria potestad a la madre:

1. Si el padre ha muerto o está declarado fallecido;

2. Si el padre ha perdido la patria potestad y el matrimonio está disuelto".⁽⁷²⁾

Derecho Español

La titularidad de la patria potestad en el Derecho Español la tiene el padre y solo a falta de éste la obtiene la madre, dándole a esta un carácter subsidiario.

"154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre"⁽⁷³⁾

(72) CODIGO CIVIL ALEMÁN. Traducción directa del alemán al castellano por Carlos Mellón Infante. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955 Título Cuarto, págs. 337 y 346.

(73) CODIGO CIVIL ESPAÑOL. por el Doctor D. Manuel de Bofaruel. Segunda Edición, México, 1982. Título VII, Capítulo Primero y Capítulo Segundo, pág. 69

Derecho Argentino

El Derecho Argentino, concede el ejercicio de la patria potestad, como lo vimos en el punto correspondiente, desde el 21 de octubre de 1919, con la Ley 10.903, al padre y a la madre conjuntamente.

"298. La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados."⁽⁷⁴⁾

A manera de comparación transcribo igualmente la disposición establecida por nuestras leyes civiles mexicanas para ilustrar al lector de una manera más completa la forma en que nuestros legisladores han dispuesto el ejercicio de la patria potestad:

"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.⁽⁷⁵⁾

(74) CODIGO CIVIL ARGENTINO. Colección Claridad. Biblioteca Jurídica Buenos Aires. Título III, Capítulo XIII, pág. 44.

(75) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 414 y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 396.

Como dije anteriormente, el Derecho Mexicano reconoce a la madre la igualdad que tiene ante el padre para ejercer la patria potestad sobre sus hijos, y extiende éste derecho a los abuelos al fallecer ambos padres o al no haber quien la ejerza, sin embargo, limita los derechos de los abuelos maternos al darle prioridad a los derechos de los abuelos paternos en la mayoría de las legislaciones de la República Mexicana, tema que trataré más adelante.

En la patria potestad encontramos sujetos activos que son aquellos quienes desempeñan el cargo, y sujetos pasivos que son aquellos en quienes se desempeña el cargo, esto quiere decir que los ascendientes (padres y abuelos) serán los sujetos activos y los descendientes (hijos y nietos) serán los sujetos pasivos. (76)

La ley prevee quienes ejercerán la patria potestad en los casos de hijos de matrimonio y en los casos de hijos nacidos fuera de matrimonio de la siguiente manera:

Cuando los hijos son concebidos dentro del matrimonio, nos sometemos a la disposición analizada anteriormente, es decir, la patria potestad será ejercida en primer lugar por ambos padres, en segundo lugar por los abuelos paternos y -

(76) Cfr. MONTERO DUHALT. SARA. Ob. cit., pag. 344

finalmente por los abuelos maternos:

"Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ése derecho".⁽⁷⁷⁾

Es notoria la preferencia que tuvieron los legisladores respecto a los abuelos paternos al concederles el derecho al ejercicio de la patria potestad hacia los nietos sobre el derecho de los abuelos maternos. De acuerdo a esto la autora Sara Montero Duhalt comenta:

"Con respecto al orden establecido por el artículo 414 para entrar en el ejercicio de la patria potestad, es de censurarse que permanezca la norma discriminatoria para los abuelos maternos. En todo caso, y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debería ser el juez quien determinara a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad -

(77) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, artículo 420 y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, artículo 402.

por falta o imposibilidad de ambos padres, y teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes deberían también ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón (a los siete años más o menos)".⁽⁷⁸⁾

Cuando existen hijos habidos fuera de matrimonio y -- han sido reconocidos por ambos padres, la patria potestad -- será ejercida por ambos siempre y cuando se de el caso de -- que los padres vivan juntos.⁽⁷⁹⁾

Si viven separados y reconocen al hijo en un mismo -- acto, tendrán que llegar a un acuerdo para saber quién de -- los dos la ejercerá y si no llegan a un acuerdo el Juez de -- lo Familiar resolverá. Si el reconocimiento se hace sucesi -- vamente la ejercerá el que primero lo hubiere reconocido a -- menos que los padres decidan otra cosa.

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven -- juntos, ejercerán ambos la patria potestad".⁽⁸⁰⁾

(78) MONTERO DUHALT, Sara, Ob. cit., pág. 345.

(79) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 380, 381 . Ed. Porrúa S.A., 54a. Ed. México, 1986. Y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, artículo 362 y 363.

(80) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 415, Primer Párrafo y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 397, Primer Párrafo.

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieran, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor"⁽⁸¹⁾

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".⁽⁸²⁾

Si se dan alguno de estos dos últimos casos, si llega a faltar el padre que estuviera ejerciendo la patria potestad entra a ejercerla de inmediato el otro.⁽⁸³⁾

(81) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 380. Ed. Porrúa, S.A. 54a. Ed. México, 1986. Y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, - Art. 362. Librerías Teocalli, México, 1986.

(82) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 381 y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 363.

(83) Idem. para el Distrito Federal, art. 420 segundo párrafo y para el Estado de México art. 402 segundo párrafo.

Si existen menores de padres desconocidos y no hay en quien recaiga el ejercicio de la patria potestad, se le nombrará un tutor legítimo, pero hay que recordar que no entran a la patria potestad del tutor que se les nombra.

"Ha lugar a tutela legítima:

I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;" (84)

3.2 Contenido de la patria potestad

Nos dice el maestro Galindo Garfias que "la patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interes de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad". (85)

Asimismo, nos explica éste autor que el ordenamiento jurídico toma en cuenta el afecto y el interés de los padres para un mejor desempeño de la patria potestad, y es por eso que a ellos se les otorga el ejercicio; de la misma manera -

(84) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 482, fracción I Ed. Porrúa. S.A., 54a. ed. México, 1986. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 463, fracción I. Librerías Teocalli, México, 1986.

(85) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., pág. 675.

los hijos deben honrar y respetar a sus progenitores cualesquiera que sea su estado, edad y condición ⁽⁸⁶⁾ así como -- los padres tienen la obligación de formar a sus hijos desde un punto de vista físico, intelectual y espiritual; éstas - facultades que se encomiendan a los padres constituyen una potestad de interés público, pues es así como se realizan - los intereses de la colectividad representada por el Estado.

3.3 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad

Antes de entrar al análisis de éste punto cabe recordar que la patria potestad no es renunciable y que sólo podrán excusarse de ella, sin que esto represente una obligación, los que han cumplido los 60 años, y los que por su -- mal estado habitual de salud no puedan cumplir adecuadamente con ésta función, que sólo puede ser transmitida en caso de adopción y que no opera en ella la prescripción. Pero - la patria potestad puede extinguirse, perderse o hasta suspenderse y es precisamente de esto de lo que trato a continuación:

(86) CODIGO CIVIL PARA EL DISIRITO FEDERAL, art. 411 Editorial Porrúa, S.A., 54a. Ed. México, 1986. Y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 393. Librerías Teocalli, México, 1986.

Modos de acabarse:

"La patria potestad se acaba:

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

II. Con la emancipación derivada del
matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo"⁽⁸⁷⁾.

Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otro en quien recaiga: La ley señala categóricamente, como lo analicé anteriormente, quienes serán aquellos a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, pero cuando ya no exista algún otro descendiente en quien recaiga, la patria potestad se acaba, es decir, se extingue, y ningún otro pariente podrá reclamar éste ejercicio. Cabe recordar que el menor no queda desprotegido, pues se le nombrará un tutor legítimo para que lo represente.

Con la emancipación derivada del matrimonio: cuando el menor contrae nupcias, automáticamente queda emancipado, es decir ya no se encuentra sujeto a la patria potestad; si acaso el matrimonio se disuelve, esto no será motivo para que el hijo entre de nuevo a la patria potestad.

(87) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 443 y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 425.

Por la mayor edad del hijo: la ley establece que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos y con ello disponen libremente de su persona y de sus bienes, por lo que quedan fuera de la patria potestad.

"La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos". (88)

"El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes". (89)

Solo los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso inmoderado de drogas, por considerarseles incapaces natural y legalmente, tendrán que ser sujetos a un juicio de interdicción en el cual será declarada su incapacidad y por lo mismo se les nombrará un tutor". (90)

Modos de perderse:

"La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerza es condenado ex-

(88) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, art. 646, Editorial Porrúa, S.A., 54a. Ed. México, 1986. Y CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO, art. 623. Librerías Teocalli, México, 1986.

(89) Ibidem, para el Distrito Federal, art. 647 y para el Estado de México, art. 624., respectivamente

(90) Ibidem, para el Distrito Federal, art. 464 y para el Estado de México, art. 445, respectivamente.

presamente 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 dispuesto en el artículo - (283 para el Distrito Federal y 269 para el Estado de México).

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandonos de sus deberes, pudiendo comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

(Distrito Federal)

IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

(Estado de México)

IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por que los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante Autoridad Judicial, entregarlos a una Institución de Beneficencia, legalmente autorizada para que sea da

da en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al establecimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles" (91)

Resumiendo lo anterior, la patria potestad se pierde cuando los padres o ascendientes que se encuentren ejerciéndola lleven una conducta tal que resulte un mal ejemplo para los menores, poniéndolos en peligro tanto en su salud, moral e integridad física.

Cabe mencionar que la madre o abuela que contraiga segundas nupcias no perderá por esto el ejercicio de la patria potestad y el nuevo cónyuge no tendrá derecho al ejercicio de la patria potestad de los menores.

Modos de suspenderse:

"La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma; y
- III. Por sentencia condenada que imponga como pena esta suspensión". (92)

(91) Idem. para el Distrito Federal art. 444 y para el Estado de México art. 426, respectivamente.

(92) Idem. para el Distrito Federal, art. 447 y para el Estado de México art. 429, respectivamente.

El ascendiente que ejerza la patria potestad debe tener pleno goce de sus derechos para poder ser representante del menor, pero en caso de que judicialmente se le suspenda de este ejercicio, necesitará que se le nombre al menor un tutor para que actúe en su representación, en caso de que no haya otra persona en quien recaiga el ejercicio de la patria potestad.

Cuando el ascendiente que ejerza la patria potestad desaparece, ignorándose donde pueda estar, e inclusive existe la duda de que si vive o ha muerto, el ejercicio de ésta se suspende hasta que se tenga noticias de su paradero.

Si el que tiene el ejercicio de la patria potestad es condenado a la suspensión temporal del ejercicio por presentar una conducta inconveniente para los intereses del menor.

En éstas tres situaciones se podrá recobrar nuevamente el ejercicio a la patria potestad siempre y cuando el incapacitado judicialmente recobre su capacidad, el ausente regrese y el condenado cumpla su sentencia, pues hay que tener en cuenta de que se trata tan solo de una suspensión y no de una pérdida, y se requerirá la intervención judicial para que sea declarada que la suspensión de éste ejercicio ha concluido.

CAPITULO III

LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN LA REPUBLICA MEXICANA
EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

CAPITULO III

LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN LA REPUBLICA MEXICANA EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

El presente capítulo lo dedico a hacer un exámen comparativo de las distintas legislaciones sobre patria potestad existentes en la República Mexicana, tomando como bases las legislaciones que rigen en el Distrito Federal y en el Estado de México, la primera por ser además de la capital mexicana, el lugar donde se encuentra ubicada nuestra Universidad, y la segunda por ser la que afecta los intereses de los que habitamos este Estado, motivo de mi tesis, y lugar donde se situa nuestra escuela.

Sólo se comparan los artículos que afectan directamente la Garantía de Igualdad y Audiencia respecto al ejercicio de la patria potestad de los abuelos maternos con aquellas legislaciones que no las violan.

1.- Código Civil vigente para el Distrito Federal

DISTRITO FEDERAL

Cabe señalar que lo dispuesto por el Código Civil para

el Distrito Federal en materia de patria potestad, se encuentra de alguna manera equitativo, ya que el Juez de lo Familiar podrá determinar en un momento dado el orden a seguir dependiendo de las circunstancias que se presenten.

"Art. 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.

"Art. 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.

Art. 420.- Solamente por falta de impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quien corresponda ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

2.- Código Civil vigente para el Estado de México

ESTADO DE MEXICO

Como puede notarse, los legisladores del Estado de México han establecido el orden que los jueces deben observar y seguir sin excepción alguna al dictar resoluciones para determinar quién ejercerá la patria potestad a falta de los padres; es decir, los legisladores del Estado de México ya han dado solución al problema sin darle importancia a lo -- que resultare benefico para los menores.

"Art. 396.- 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.

"Art. 400.- 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 396.

"Art. 402.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran el ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en -- los artículos anteriores. Si solo faltare

alguna de las dos personas a quienes correg
ponde ejercer la patria potestad, la que --
quede continuará en el ejercicio de ese de-
recho".

3. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DIVERSOS CODIGOS QUE RIGEN EN LA REPUBLICA MEXICANA

Me he permitido realizar una tabla gráfica para una mejor ubicación de las legislaciones existentes, ya sean comunes o diversas a las del Distrito Federal y Estado de México.

3.1 Códigos con disposiciones comunes a la del Distrito Federal.

ESTADO	TITULO	CAPITULO	ARTICULOS
Baja California Sur.	Octavo	Primero	414, 418, 420
Coahuila	Octavo	Primero	414, 418, 420
Querétaro	Octavo	Primero	414, 418, 420
Sinaloa	Octavo	Primero	415, 419, 421
Zacatecas	Octavo	-----	506, 510, 512

Cabe señalar que el Estado de Zacatecas reformó su Artículo 510 el cual se regía por lo dispuesto en el Artículo 400 del Código Civil para el Estado de México; dicha reforma data del 13 de julio de 1975, por decreto número 104.

3.2 Códigos con disposiciones comunes a las del Estado de México

ESTADO	TITULO	CAPITULO	ARTICULOS
Aguascalientes	Octavo	Primero	437, 441, 443
Baja California			
Norte	Octavo	Primero	411, 415, 417
Campeche	Octavo	Primero	430, 432, 444
Colima	Octavo	Primero	414, 418, 420
Chiapas	Octavo	Primero	409, 413, 415
Chihuahua	Octavo	- - - -	391, 395, 397
Durango	Octavo	Primero	409, 413, 415
Guanajuato	Octavo	Primero	468, 472, 474
Hidalgo	- - - -	- - - -	488, 492, 494
Michoacán	Octavo	Primero	367, 371, 372
Morelos	Octavo	Primero	516, 520, 522
Nayarit	Octavo	Primero	414, 418, 420
Nuevo León	Octavo	Primero	414, 418, 420
Oaxaca	Octavo	Primero	428, 432, 434
Sonora	Octavo	Primero	581, 585, 587

ESTADO	TITULO	CAPITULO	ARTICULO
Tabasco	- - - - -	- - - - -	414, 418, 420
Tamaulipas	- - - - -	- - - - -	424, 428, 430

Cabe señalar que las disposiciones contempladas por los Códigos Civiles de los Estados de Michoacán y Tabasco varían en su contenido, sin que represente una idea distinta a lo dispuesto por el Código Civil del Estado de México.

Michoacán:

"Art. 371.- 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 367.

Solo los adoptantes ejercerán la patria potestad sobre el hijo adoptivo".

"Art. 372.- Unicamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, en traran al ejercicio de la patria potestad -- los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde -

ejercer la patria potestad, la que quede -
continuará en el ejercicio de ese derecho".

Oaxaca:

"Art. 432.- A falta de padres, ejercerán -
la patria potestad sobre el hijo natural,
los demás ascendientes a que se refieren
las fracciones II y III del artículo 428".

3.3 Códigos con disposiciones diversas a las del Distrito Federal y Estado de México

No todas las legislaciones civiles existentes en la Re-
pública Mexicana establecen que los abuelos paternos gozan
de prioridad sobre los abuelos maternos para el ejercicio -
de la patria potestad sobre los menores nietos a falta de -
los padres. Existen seis legislaciones de diferentes Esta-
dos que otorgan el mismo derecho a ambos abuelos para pro -
bar ante las autoridades competentes su capacidad para ejer -
cerla, y mejor aún, los estados de Puebla, Quintana Roo y -
Tlaxcala toman en cuenta la voluntad de los menores para --
que de ésta manera el Juez designe que abuelos serán los --
más idoneos para ejercitar la patria potestad.

Sólo el Estado de Yucatán establece lo que puede consi-
derarse, a mi parecer, un atraso legal, ya que dispone lo -

que el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 en su artículo 392 establecía.

ESTADO	TITULO	CAPITULO	ARTICULOS
Jalisco	Octavo	Primero	469, 472, 474
Puebla	Octavo	Primero	360, 361
Quintana Roo	Cuarto	Primero	994, 995
San Luis			
Potosí	Octavo	Primero	374, 378.
Tlaxcala	Octavo	Primero	263, 268, 269
Veracruz	Octavo	Primero	343, 347, 349
Yucatán	- - - -	- - - - -	340.

Para ilustrar más al lector, transcribo a continuación las disposiciones que contemplan los Códigos Civiles de cada uno de los anteriores Estados:

Jalisco:

"Art. 469.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por ambos progenitores.
- II. Por los abuelos en línea paterna o materna, en el orden que lo determine el Juez, tomando en cuenta los intereses de los hijos.

III. Derogada.

NOTA: El anterior artículo 469 fue reformado por decreto número 9223 de 8-V-1975 (P.D. núm. 30, Tomo CCLVII de 31-VI-1975, en vigor 3 días después de su publicación) Dicho artículo decía: "Art. 469.- 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.

"Art. 472.- 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 469.

"Art. 474.- Derogado.

NOTA: El anterior artículo 474 fue derogado por Decreto Num. 9223 de 8-V-1975 (P.O. núm. 30, Tomo CCLVII de 31-VI-1975 en vigor tres días después de su publicación). Dicho artículo decía: "474.- Solamente por falta e impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

PUEBLA

Título Octavo

Capítulo Primero

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

"Art.- 360.- La patria potestad se ejerce por el padre y la madre conjuntamente; si vivieran separados los padres, convendrán cual de los dos ejercerá la custodia del hijo y con quién de ellos vivirá; si existiere dictamen el Juez de lo Civil con audiencia de los padres y el Ministerio Público resolverá lo conveniente a los intereses del menor."

NOTA: El artículo anterior 360 fue reformado por decreto de 30-XII-1975 (P.O. de 30-XII-1975). Dicho artículo originalmente decía: "Art. 360.- La patria potestad se -- ejerce: I.- Por el padre; II.- Por la madre; III.- Por el abuelo paterno; IV.- Por la abuela materna".

Art.361 .- Solamente por falta o impedimento del padre y de la madre, la patria potestad corresponde al abuelo y la abuela, paternos o maternos, éstos convendrán entre ellos si los ejercen los de la línea paterna o los de la materna, sino estuvieren de acuerdo, el Juez

con audiencia del Ministerio Público y del menor si -
ha cumplido 14 años, decidirá lo conveniente a los in
tereses de éste último.

QUINTANA ROO

Título Cuarto Capítulo Primero Reglas Generales

"Art. 994.- Ejercerá la patria potestad el padre
la madre conjuntamente, y solo uno de ellos si
el otro ha muerto o está impedido legalmente;
pero si los dos han muerto o están impedidos,
la ejercerán:

- I. El abuelo y la abuela paternos; y
- II. El abuelo y la abuela maternos.

"Art. 995.- El orden de preferencia lo establece
rán en cada caso los abuelos por acuerdo unánime
de los que sobrevivan o no estén impedidos, y so
lo que dicho acuerdo no se logre, el Juez, oyen-
do a aquellos y a las personas cuyo parecer esti
me conveniente conocer, así como al propio menor
si sabe expresarse, resolverá lo que más conven-
ga a éste y esa resolución puede ser modificada
en todo tiempo, siempre que la modificación sea
benéfica para el menor.

SAN LUIS POTOSI

Título Octavo

Capítulo Primero

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

"Art. 374.- 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.

"Art. 378.- A falta de padres ejercerán la patria potestad sobre los hijos, los demás ascendientes en el orden a que se refieren las fracciones II y III del artículo 374, mismo que -- puede ser alterada por el Juez de Primera Instancia cuando en su concepto traiga consigo un mayor beneficio para los menores.

NOTA: El anterior artículo 378 fue reformado por decreto núm. 253 de 19-VII-1975). Originalmente dicho artículo de - cía: "Art. 378.- 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 374".

TLAXCALA

Titulo Octavo

Capítulo Primero

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

"Art. 263.- La patria potestad se ejerce por el padre y la madre conjuntamente.

"Art. 268.- Solamente por falta o impedimento del padre y de la madre la patria potestad co - rresponde al abuelo y a la abuela, paternos o - maternos.

"Art. 269.- En el caso del artículo anterior, los ascendientes a quienes corresponde la patria potestad convendrán entre ellos si lo ejercerán los de la línea paterna o los de la línea mater na, si no se pudieren de acuerdo decidirá el Juez oyendo a los ascendientes y al menor si ha cum - plido 14 años. La resolución del juez debe dic - tarse atendiendo a lo que sea más conveniente a los intereses del menor.

Si el abuelo o abuela por uno de las líneas es viudo o casado en segundas nupcias y los otros dos abuelos por la -

línea viven juntos, puede el juez a estos confiar la patria potestad; pero puede también confiarla a aquél, si esto es más conveniente para los intereses del menor.

Si la patria potestad se difiere por convenio o por resolución judicial a los abuelos por una línea, a falta o -- impedimento de este corresponderá ejercerla a los abuelos - por la otra línea.

VERACRUZ

Título Octavo

Capítulo Primero

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

"Art. 343.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejercen:

- I.- Por los padres;
- II.- Por los abuelos;
- III.- Derogada.

NOTA: El anterior artículo 343 fue reformado por Ley núm. 92 de 30-XII-1975 (G.O. Tomo CXIV, núm. 1 de 1-I-1976). - Originalmente este artículo tenfa el mismo encabezado y tres fracciones que decían: "I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos; III.-

Por el abuelo y la abuela maternos"

"Art. 347.- 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.

NOTA: El anterior artículo 347 fue reformado por la Ley núm. 92 de 30-XII-1975 (G.O. Tomo CXIV, núm. 1-I-1976). Originalmente este artículo decía: "Art. 347.- A falta de padres, ejercerá la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 343".

"Art. 349.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

YUCATAN

"Art. 340.- La patria potestad corresponde:

- | | |
|-------------------------|---------------------------|
| I.- Al padre; | V.- A la abuela paterna; |
| II.- A la madre; | VI.- A la abuela materna. |
| III.- Al abuelo paterno | |
| IV.- Al abuelo materno; | |

CAPITULO IV

LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 400

Y 402 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO

DE MEXICO

CAPITULO IV

LA ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 400 y 402 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO

1. Artículo 4º Constitucional

Cuando fue expedida la Constitución de 1917, el mencionado artículo consagraba la libertad de trabajo, pero por iniciativa presentada al Congreso de la Unión por el entonces presidente de la República Lic. Luis Echeverría Alvarez, de 18 de agosto de 1974 y por Decreto Congressional del 27 de Diciembre de ese mismo año, publicado por el Diario Oficial de la Federación del 31 de Diciembre también de ese mismo año, en el artículo 5º Constitucional adopta las normas reactivas de la Libertad de Trabajo y aparece un nuevo artículo 4º que instituye la "igualdad jurídica entre el hombre y la mujer".⁽⁹³⁾

(93) BURGOA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. pág. 270.

"Art. 4º.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

Este deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Esta reforma se debió, según nos dice el maestro Sánchez Medal, ⁽⁹⁴⁾ a que en el año de 1975 se había de celebrar en México el "Año Internacional de la Mujer", habiéndose sugerido la Asamblea General de las Naciones Unidas a los países miembros un estudio sobre el contenido del artículo 6º de "La Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer" que entre otras cosas se señalaba la igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio y que el padre y la madre tendrán iguales derechos en lo tocante a sus hijos: "justo era consagrar la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, por ser consecuencia explícita de una decisión humanística y social, de impostergable reconocimiento". ⁽⁹⁵⁾

Ciertamente la mujer, desde antes de ésta reforma se ha visto protegida por las leyes laborales y penales en su carácter de trabajadora y víctima de delitos sexuales como son el estupro, violación y rapto, como lo manifiesta el maestro Ignacio Burgoa en su libro en consulta, ⁽⁹⁶⁾, pero hay que hacer notar que ésta reforma no tenía como propósito variar o eliminar las diferencias naturales de carácter sico-somático que existen entre el hombre y la mujer.

(94) SANCHEZ MEDAL, Ramón, Ob. cit., pág. 46

(95) BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, "Comentario de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", U.N.A.M., México, 1985, págs. 11 y 12

(96) BURGOA, Ignacio. Ob. cit., págs. 270 y 271

Es verdad y no se niega que la condición natural de la mujer la hace más débil ante el hombre al no poseer la fuerza física de la que goza éste, para desempeñar ciertos trabajos y se le protege conforme al artículo 123 Constitucional y la Ley Federal del Trabajo en determinadas circunstancias especiales para la mujer como es en el estado de gravidez; pero la igualdad a que se refiere el artículo analizado tiene su origen en el deseo de eliminar las discrimina-ciones jurídicas en contra de la mujer, pero no así para hacer desaparecer o suprimir las medidas de protección a fa-vor de ésta.

Esta reforma ha fusionado Garantías Individuales con - Garantías Sociales, como consecuencia del equilibrio que en nuestra Constitución obtuvo al otorgarle igualdad al hombre y a la mujer en los campos de la educación, trabajo, política, la producción, elevándose a un plan constitucional de igualdad plena entre sus ciudadanos.

2. Artículo 14 Constitucional

"Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o - derechos sino mediante juicio seguido ante --

los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda -- prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al derecho que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho".

El presente artículo posee una importancia primaria entre los derechos públicos individuales que contiene el Capítulo I, del Título I de la Constitución Mexicana llamado -- "Garantías Individuales" pero antes de analizar el párrafo segundo que es para mi tema de tesis de vital importancia, veamos los principales antecedentes Constitucionales o históricos del propio artículo 14 y en exclusiva del mencionado párrafo segundo en un orden cronológico que tomo de las tablas incluidas.

Artículos 28 y 31 del Derecho Constitucional para la -
Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan el
22 de octubre de 1814.

"Art. 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos
ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades
de la ley.

"Art. 31.- Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado -
sino después de haber sido oído legalmente.

"Aclaración Tercera al Acta de Casamata fechada el 1º -
de febrero de 1923:

"Los ciudadanos gozarán de sus respectivos derechos,
confome a nuestra peculiar Constitución,
fundada en los principios de igualdad, propiedad
y libertad, conforme a nuestras leyes, que los
explicarán en su extensión; respetándose sobre
todo sus personas y propiedades, que son las --
que corren más peligro en tiempo de convulsiones
políticas.

"Art. 9º fracción XIV y 110 del Proyecto de Re-
formas a las Leyes Constitucionales de 1835, fechado
en la Ciudad de México el 30 de junio de
1840:

"Art. 9º.- Son derechos del mexicano:

"XIV.- Que no pueda ser procesado civil ni criminalmente, sino por los Tribunales y trámites establecidos por generalidad por la ley, ni senten^{ti}ciado por Comisión, ni según otras leyes, que -- las dictadas con anterioridad al hecho que se -- juzgue.

"Art. 110.- Toda sentencia que se pronuncie contra la ley expresa o faltando a los trámites y formalidades esenciales, que arreglen el proceso, será nula y de ningún valor, y hará personalmente responsable a los Ministros y Jueces que la hayan dado.

"Art. 124 del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1824:

"Toda falta de observancia en los trámites esenciales que arreglan los procesos en lo civil y criminal, produce su nulidad y hace personalmente responsables a los Jueces que lo cometieren. Una ley fijará los trámites que como esenciales no pueden omitirse, y el modo de sustanciar dichos recursos.

"Art. 5º, fracción XII, del Voto Particular de -

la Comisión Constituyente de 1824, fechado -
en la Ciudad de México el 26 de agosto del -
mismo año:

"La Constitución otorgará a los derechos del
hombre, las siguientes Garantías:

Nadie puede ser juzgado ni sentenciado civil
ni criminalmente sino por las leyes y en las
formas establecidas con anterioridad al he -
cho que se juzga, quedando en consecuencia -
toda la ley que produzca efectos retroacti -
vos, aún cuando sea con el carácter de acla -
ratoria.

En los procesos criminales, ninguna constan -
cia será secreta para el reo; nunca podrá --
ser obligado por tormentos, juramentos, ni -
otra clase alguna de apremio, a confesarse -
delincuente; ninguna ley quitará a los acusa -
dos el derecho de defensa, ni los restringirá
a ciertas pruebas, a determinados alegatos,
ni a la elección de tales personas.

Por ningún delito se perderá el fuero común.
Jamás podrán establecerse Tribunales especia -
les, ni procedimientos singulares que quiten
a los acusados las garantías de las formas co

munes. Todos los procedimientos serán públicos después de la sumaria, a excepción de los casos en que los impidan la decencia y la moral, y todos los jueces de derecho serán responsables.

"Art. 11, 115, 116 del Segundo Proyecto de -- Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1824:

"Art. 11.- Tanto para privar, o como para suspender a un ciudadano de sus derechos, se necesita declaración de la autoridad competente en las formas que prevenga la ley. Tampoco podrá ejercerlos, sin justificar la posesión de estado, con el documento que la ley establezca.

"Art. 115.- Toda falta de observancia en los trámites esenciales que arreglen los procesos en lo civil y criminal produce su nulidad y -- hace personalmente responsable a los jueces -- que la competieron. Una ley general fijará - los trámites que como esenciales no pueden omitirse.

"Art. 116.- Nadie puede ser juzgado ni sentenciado civil ni criminalmente, sino por las le

yes y en las formas establecidas con anterioridad al hecho que se juzga, quedando en consecuencia prohibida toda ley que produzca --- efectos retroactivos aún cuando sea con el ca rácter de aclaratorio.

"Art. 21 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la -- Ciudad de México el 16 de junio de 1856:

"Art. 21.- Nadie puede ser despojado de sus - propiedades, o derechos, ni proscripto, deste rrado o confinado, sino por sentencia judicial pronunciada según las formas y bajo las condi ciones establecidas en las leyes del país.

"Mensaje y proyecto de Constitución de Venus tiano Carranza, fechado en la Ciudad de Queré taro el 1º de diciembre de 1916:

"Art. 14 del Proyecto.- A ninguna ley se le - dará efecto retroactivo en perjuicio de perso na alguna.

Nadie puede ser privado de la vida, de la li bertad, de sus propiedades, de sus posesiones y derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en -

los que se cumplan las formalidades esenciales de procedimientos y conforme a las leyes con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún -- por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho". (97)

Como es de notarse, desde la Constitución de 1917, este artículo 14 Constitucional no ha sufrido ninguna reforma; - conserva íntegra la redacción de aquél 14 del Proyecto de - Constitución de Venustiano Carranza, el cual amplió lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución de 1857.

Algunos países han reproducido, aunque no en su integridad, el contenido de nuestro artículo en sus Constitucion

(97) MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES, Tomo III, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967. págs. de la 743 a la 746.

nes como son, Costa Rica, que reproduce exactamente el primer párrafo del citado artículo, El Salvador, Cuba y la República Democrática Alemana, han plasmado en sus Constituciones la Garantía de Irretroactividad de las Leyes, pero a pesar de éstas reproducciones, ninguno es tan cabal en su contenido, tan afortunado en su expresión y tan amplio en su alcance, su aplicación asegura la efectividad de los demás derechos, tanto de libertad, como de igualdad y propiedad.

Nuestro artículo contempla disposiciones que Héctor -- Fix-Zamudio⁽⁹⁸⁾ sintetiza en tres:

- a.- La prohibición de la irretroactividad;
- b.- El derecho o garantía de audiencia; y,
- c.- La estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales.

El derecho de Garantía de Audiencia, así como la prohibición de la irretroactividad, están influenciadas por dos corrientes: el Derecho Angloamericano y la tradición hispánica, que prohibían la irretroactividad y exigían de su procedimiento judicial para privar a una persona de sus derechos.

(98) FIX-ZAMUDIO, Héctor, Comentario de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. U.N.A.M. México, 1985. Pág. 742

La Garantía de Audiencia está compuesta a su vez de --
cuatro Garantías específicas de Seguridad Jurídica como son:

- a.- El juicio previo
- b.- Ante Tribunales previamente establecidos
- c.- Mediante formalidades procesales, cuya decisión jurisdiccional se encuentra ajustada a,
- d.- Las leyes vigentes con anterioridad a la causa que haya originado el juicio. (99)

Si llegara a violarse una de ellas, la Garantía de Audiencia se contraviene, ya que el que goce ésta Garantía como un derecho público subjetivo corresponde a todo derecho como gobernado conforme los términos del artículo 1º Constitucional.

"Por ende, los artículos accidentales de las personas tales como la nacionalidad, la raza, la religión, el sexo, etc., no excluye a ningún sujeto de la tutela que imparte la Garantía de Audiencia, y ésta circunstancia, acorde con los principios elementales de la justicia y del humanitarismo, hace de nuestro artículo 14 Constitucional un precepto protector no sólo del mexicano, sino de cualquier hombre, - salvo las excepciones consignadas en la propia "Ley Suprema a la que nos referiremos". (100)

(99) BURGOA, Ignacio, Ob. cit., pág.528.

(100) BURGOA, Ignacio. Ob. cit., pág. 528.

Los bienes jurídicos tutelados por la Garantía de Audiencia son la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado conforme al párrafo segundo -- del artículo Constitucional en estudio. Para mi tema de tesis es importante el derecho, que comprende cualquier derecho subjetivo real o personal y la privación al ejercicio de determinado derecho significa la disminución de la esfera jurídica del gobernado, la violación de la Garantía de Audiencia significa la doble impedición de ejercer los derechos Constitucionales, es por eso que cuando alguna de las partes se le priva de la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, nos encontramos ante un caso de anticonstitucionalidad, pues está pasando por alto lo dispuesto por los artículos 1º Constitucional y 14 de la misma Ley Suprema.

"Debe tomarse en consideración que la jurisprudencia ha señalado que el derecho de audiencia, en cuanto a la defensa procesal, se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas. En el primer supuesto, en cuanto a los órganos legislativos deben establecer en las leyes que expidan, los procedimientos que permitan la defensa de los particulares por lo que, el ordenamiento respectivo no proporcione esa oportunidad de audiencia, debe considerarse inconstitucional.

"Por lo que respecta a la autoridad administrativa, la Jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido una obli-

gación directa de proporcionar la oportunidad de defensa a los afectados, aún cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivas (Tesis jurisprudencial 339, página 569, Apéndice 1975, Segunda Sala)". (101)

3.- Artículo 400 del Código Civil vigente en el Estado de México

"Art. 400.- 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 396"

"Art. 396.- 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".

Nuestro país mediante todas las legislaciones civiles existentes otorga a los abuelos la facultad del ejercicio de la patria potestad sobre los menores a falta de los pa -

(101) FIX-ZAMUDIO, Héctor, Comentario de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-Comentada. Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, 3a. Ed. actualizada, México, 1982, pág. 38.

dres. El Código Civil para el Estado de México no es la excepción y es precisamente el artículo que nos ocupa conjuntamente con el 396 el que nos señala este punto. Recordemos lo dicho por el maestro Rojina Villegas ⁽¹⁰²⁾de que la patria potestad posee un contenido de orden natural que convierte a los padres en las personas más idóneas para ejer-cer este derecho, y así se extiende a los abuelos que a falta de los padres resultan ser los que desempeñen mejor este ejercicio.

4.- Artículo 402 del Código Civil vigente en el Estado de - México.

"Art. 402.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que si - gan en el orden establecido en los artículos - anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

La disposición jurídica que contempla este último artículo citado del Código Civil vigente del Estado de México,

(102) ROJINA VILLEGAS, Ignacio. Ob cit., pág. 676

y que complementa el anterior del mismo ordenamiento legal, resulta ser inexacta y anticonstitucional toda vez que atenta precisamente contra lo establecido por los artículos 4º y 14 de la Ley Suprema de la Nación Mexicana y por ende vio la las garantías individuales que la Carta Magna otorga a los gobernados: -Garantía de Igualdad y Garantía de Audiencia respectivamente- al disponer categóricamente, el legislador local, el orden que deberá ser observado en el ejercicio de la institución jurídica de orden público que es la Patria Potestad al faltar los padres (progenitores o reconocedores) para ejercer ese derecho sobre sus menores hijos, dándole un carácter sumamente generalizado a una cuestión que por su propia naturaleza debiera de ser tratado en forma individualizada desde la Ley que lo regula.

Atenta, a mi parecer, contra la Garantía de Igualdad al establecer un orden forzoso en el ejercicio de la Patria Potestad; y que además deberá ser acatado por el Juez del orden Familiar quien en última instancia es el que tiene la facultad de Jurisdicción, atento a esas circunstancias, en el supuesto de dictar sentencia en una controversia familiar sobre esta materia; aún más, sin considerar la opinión del Agente del Ministerio Público en lo que respecta a los intereses del menor o lo que más convenga a éste para su óptimo desarrollo como futuro ciudadano, además de no mencionar algo respecto a la edad del menor, que bien pudiera ser

de 12 o más años y tener por eso un reconocido uso de razón con respecto a sus propios intereses.

Esto da como resultado una posición que debiera considerarse arcaica en cuanto a la dinámica que el Derecho debe de seguir, toda vez que da como resultado una discriminación absoluta o consideración de subsidiarios a los derechos que pudieran gozar los abuelos maternos (recordando que el artículo 4º Constitucional no sólo habla de la igualdad de sexos sino de rama tanto masculina como femenina representada en los ascendientes de los padres), los cuales se ven privados, por esta disposición, de su Garantía de Audiencia, colocándolos en un estado de indefensión al considerarlos previamente vencidos en un juicio al que no tendrían derecho ante la Ley por medio de esta arbitraria disposición que no toma en cuenta la obligación de probar ante la autoridad competente, en este caso el Juez de lo Familiar-, dada su naturaleza de interés público, la capacidad de los candidatos al ejercicio de la Patria Potestad, ni toma en consideración los intereses de los menores.

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

1.- Los legisladores del Estado de México no deben olvidar que todo individuo goza de las Garantías que otorga la Constitución y que no puede haber ley alguna que las deje sin efecto si no está dispuesto expresamente por la propia Constitución Mexicana.

2.- El artículo 4º Constitucional otorga la igualdad jurídica del hombre y la mujer desde 1975 y ésta debe comprender no sólo al hombre y a la mujer como individuos, sino también a la rama masculina como femenina representada por los ascendientes de éstos.

3.- El artículo 14 Constitucional consagra la Garantía de Audiencia y da protección jurídica a todos los mexicanos tanto en su vida, libertad, propiedad, posesión y derecho, por lo que hay que tener en cuenta que nadie en los Estados Unidos Mexicanos puede ser privado de ellos sin que lleguen a cumplirse las formalidades legales y no habrá disposición legal alguna que deje sin efecto dicha Garantía.

4.- A falta de los padres para ejercer la patria potes

tad sobre los menores deben ejercerla los abuelos ya sea maternos o paternos de común acuerdo, pero si se diera el caso de que no se pusieran de acuerdo, el Juez competente deberá oír a ambas partes para poder decidir quiénes son los más idóneos para el ejercicio de esa función.

5.- El Juez competente deberá tomar en cuenta la opinión del menor para tomar una mejor decisión en beneficio de éste.

6.- El artículo 402 del Código Civil vigente para el Estado de México viola la Garantía de Igualdad que nos --- otorga nuestra Constitución Mexicana al establecer el orden a seguir para el ejercicio de la patria potestad a falta de los padres y darle con esto un carácter supletorio al derecho que tienen los abuelos maternos para con sus nietos al darle prioridad al derecho de los abuelos paternos.

7.- Asimismo, este artículo viola la Garantía de Audiencia que consagra nuestra Constitución al no darle oportunidad a los abuelos maternos de hacer valer sus derechos sin establecer que podrá el Juez de lo Familiar determinar que se presenten y que resulten benéficos para el menor.

8.- El artículo 402 para el Estado de México debiera establecer que en caso de discrepancias entre los abuelos para decidir quiénes ejercitarán la patria potestad, el Juez

podrá oírlos en juicio, el cual deberá ser conforme a las formalidades que dicta el Código de Procedimientos Civiles.

9.- Los legisladores del Estado de México no toman en cuenta la opinión y los sentimientos de los menores, la -- cual debiera ser la principal para que el Juez de lo familiar resuelva sobre quiénes son los abuelos idóneos para - el ejercicio de la patria potestad.

10.- Por todo lo anterior propongo que el Código Civil para el Estado de México adopte lo dispuesto por el artículo 995 del Código Civil que rige en el Estado de Quintana - Roo por encontrarlo con todos aquellos elementos que lo hacen más equitativo. Dicho artículo a su letra dice:

"El orden de preferencia lo establecerán en cada caso los abuelos y por acuerdo unánime de los que sobrevivan o no estén impedidos, y solo que dicho acuerdo no se logre, el -- Juez, oyendo a aquellos y a las personas cuyo parecer estime conveniente conocer, así como al propio menor si sabe expresarse, resolverá lo que más convenga a éste y esa resolución puede ser modificada en todo tiempo, siempre que la modificación sea benéfica para el menor".

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago,
"Comentarios a la Constitución Política de
los Estados Unidos Mexicanos.
U.N.A.M., México, 1985.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio,
"Las Garantías Individuales",
Editorial Porrúa, S.A.,
Décima sexta Edición, México, 1982.

CHIBLY ABOUHAMAD, Hobaica,
"Anotaciones y Comentarios del Derecho Romano",
Novena Edición, Editorial Esfinge, S.A.
México, 1979.

DE LOREDO, Elvira y SOTELO INCLAN, Jesús,
"Historia de México"
Editorial Trillas,
Novena Edición. México, 1966.

DE PINA, Rafael,
"Derecho Civil Mexicano"
Volumen I, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México, 1975.

ENNECERUS LUDWING, Kipp Theodor, WOLFF, Martin,
"Derecho de Familia"
Cuarto tomo, Volumen II, Casa Editorial Bosch,
Barcelona, 1946.

FIX-ZAMUDIO, Héctor,
"Comentario a la Constitución Política de los
Estados Unidos Mexicanos", comentada.
Ediciones de la Gaceta Informativa de la
Comisión Federal Electoral, U.N.A.M.
Tercera Edición actualizada,
México, 1982.

GALINDO GARFIAS, Ignacio,
"Derecho Civil",
Editorial Porrúa, S.A.,
Cuarta Edición. México, 1980

GUTIERREZ ALVIS y ARMARIO, Faustino,
"Diccionario de Derecho Romano",
Segunda Edición, Editorial Reus, S.A.
Madrid, 1976.

LEHMANN, Heinrich.
"Grandes Tratados Generales del Derecho Privado y Público"
Editorial Revista del Derecho Privado,
Segunda Edición. Madrid, 1956

MARGADANT S. Guillermo Floris.
"Derecho Romano".
Novena Edición, Editorial Esfinge,
México, 1979.

MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES
Tomo III, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados,
México, 1967.

MIRANDA BASURTO, Angel.
"La Evolución de México".
Editorial Herrero, S.A.
Primera Edición, Octava Reimpresión. México, 1969

MONTERO DUHALT, Sara.

"Derecho de Familia"

Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.

México, 1984.

MORENO, Daniel.

"Derecho Constitucional Mexicano".

Editorial PAX-México, Quinta Edición.

México, 1979.

PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo.

"Derecho Romano"

Tipográfica Editora, 2a. edición.

Argentina, 1966.

PEREZ GONZALEZ y CASTAN TOBENAS

citado en "Derecho de Familia"

PETIT, Eugéne.

"Tratado Elemental del Derecho Romano"

Editorial Nacional, reimpreción de 1953.

México, 1963.

SANCHEZ MEDAL, Ramón.

"Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México"

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1979.

SAYEG HELU, Jorge.

"Introducción a la Historia Constitucional de México"

U.N.A.M.

México, 1978.

SOTO PEREZ, Ricardo.
"Nociones del Derecho Positivo Mexicano",
Editorial Esfinge, S.A. Sexta Edición.
México, 1976.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Ediciones de la Gaceta Informativa de la
Comisión Federal Electoral,
Tercera Edición, actualizada,
México, 1982.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL,
Editorial Porrúa, S.A. Quinquagésima quinta Edición
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.
Librería Teocalli,
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE AGUSCALIENTES.
Editorial Cajica, S.A. Quinta Edición,
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NORTE.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COLIMA
Editorial Cajica, S.A. Quinta Edición,
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CHIHUAHUA.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE DURANGO.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE HIDALGO
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MICHOACAN.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COAHUILA
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SINALOA.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SONORA.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TLAXCALA
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE YUCATAN.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS.
Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición.
México, 1986.

DERECHO COMPARADO

ANTECEDENTES INTERNACIONALES

CODIGO CIVIL FRANCES.

Título IX, Parte Cuarta, Volúmen IV
Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo
Ediciones Jurídicas Europa América.
Buenos Aires.

CODIGO CIVIL ALEMAN.

Título Cuarto,
Traducción directa del alemán al castellano por
Carlos Melón Infante.
Bosch, Casa Editorial.
Barcelona 1955.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Título VII, Capítulo Primero y Capítulo Segundo.
Segunda Edición.
Por el Doctor D. Manuel de Bofarull,
México, 1982.

CODIGO CIVIL ARGENTINO.

Título III, Capítulo XIII
Colección Claridad.
Biblioteca Jurídica,
Buenos Aires, Argentina.