

111  
225



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGON"

DETERMINACION DE LA CUSTODIA DE MENORES,  
DE PADRES SEPARADOS

TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A I  
MIREYA L. FLORES NARES



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1990



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.

**DETERMINACION DE LA CUSTODIA DE MENORES,  
DE PADRES SEPARADOS.**

**I N D I C E**

<b>INTRODUCCION</b>	<b>1</b>
---------------------	----------

**CAPITULO I**

**RESEÑA HISTORICA SOBRE LA CUSTODIA**

<b>A. Derecho Romano</b>	<b>3</b>
<b>B. Código de Napoleón</b>	<b>21</b>
<b>C. Código Civil de 1870</b>	<b>30</b>
<b>D. Código Civil de 1884</b>	<b>34</b>
<b>E. Ley de Relaciones Familiares</b>	<b>36</b>

**CAPITULO II**

**DEL PARENTESCO, OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE  
PADRES E HIJOS.**

<b>A. Encuadramiento del Tema dentro del Ambito de la Doctrina.</b>	<b>38</b>
<b>B. Parentesco Consanguíneo</b>	<b>39</b>
<b>C. Parentesco Civil</b>	<b>44</b>
<b>D. Filiación de hijos dentro y fuera de Matrimonio</b>	<b>46</b>
<b>E. Patria Potestad</b>	<b>62</b>
<b>F. Naturaleza Jurídica de los derechos que tienen los padres sobre los hijos.</b>	<b>67</b>

G. Contenido y Efectos de los derechos de los padres sobre los hijos	69
--	----

### CAPITULO III

#### CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

A. La Custodia de los hijos como efecto de la Patria Potestad	75
B. Reglas Generales en nuestro Derecho Positivo Mexicano relativas a la Custodia de los hijos menores de edad	84
C. Situación Especial relativa a hijos nacidos fuera de Matrimonio	91

### CAPITULO IV

#### LA DETERMINACION DE LA CUSTODIA DE MENORES, DE PADRES SEPARADOS.

A. Determinación y Asignación de Custodia de Menores de edad	98
B. Sujetos que intervienen para Determinar la Custodia de menores	108
C. Circunstancias de Examen por el Juzgador para Determinar la Custodia	116
D. Criterios Generales en la Práctica Jurídica sobre Problemas de Custodia de Menores, cuando los padres se han separado	118
CONCLUSIONES	127

BIBLIOGRAFIA	129
LEGISLACION CONSULTADA	132
HEMEROGRAFIA	133

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

En el presente trabajo, se pretende realizar un análisis sobre la forma de Determinar la Custodia de los hijos; puesto que tiene una especial relevancia por la propia problemática que se presenta en la práctica jurídica, tanto en los Tribunales como en la Jurisprudencia.

Como sabemos, la Custodia corresponde primeramente a los padres, por derecho natural, pero cuando se suscitan circunstancias especiales como el divorcio o la separación de ellos, surgen múltiples y variados problemas por no contar con una ley unificada al respecto.

La falta de elementos jurídicos de los que carece el precepto legal que rige a la materia, debe ser objeto de estudio de nuestros legisladores, pues para que la ley funcione debe adecuarse a la época y sobre todo a la realidad social de nuestro país, puesto que el factor jurídico debe ser también un factor constantemente dinámico.

Por lo que es necesario que se plasme en nuestra legislación, tal vez de manera separada o sólo anexa, una regla-

mentación unida y específica sobre la Custodia de menores - de edad; ya que con ella estos problemas de Custodia no serían tan violentos y perjudiciales para los hijos.

## CAPITULO I

### RESEÑA HISTORICA SOBRE LA CUSTODIA

#### A. DERECHO ROMANO

Para referirnos al tema de la Custodia, es necesario analizar las instituciones de Patria Potestad, Tutela y la Curatela, puesto que en todas y cada una de ellas está implícita la guarda, cuidado y protección de los incapaces.

#### PATRIA POTESAD.

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

"... Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos". (1)

En un principio, el paterfamilias tenía derecho para ejecutar sobre sus hijos, los más estrictos castigos desde la emancipación a un tercero, el abandono o hasta el de la muerte.

La pena de muerte.

En la época de la República las penas de muerte se uti-

---

(1) Petit, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducción de Manuel Rodríguez Carrasco, Editorial Cárdenas, México, 1980. p. 101.



lizaban con más moderación, ya que tenían que pedirle opinión a los parientes más cercanos o a personas importantes como lo eran los Senadores.

Más tarde, bajo el Imperio se dieron varios abusos de autoridad a consecuencia de el relajamiento de las costumbres, por lo tanto, el legislador tuvo la necesidad de intervenir en esos casos como mediador de la situación, evitando así las injusticias basadas en el falso poder del jefe de familia.

Sin embargo, a fines del siglo II de nuestra era los poderes del paterfamilias se sintetizaron a un simple derecho de corrección, corrección que debía ser hecha frente a la única persona que tenía la facultad de emitir sentencia y era precisamente el Magistrado.

Por consiguiente, fueron integradas algunas restricciones, elaboradas con el fin de terminar con las rudezas, que ejercía el jefe de familia, ya que esa relación era tan similar a la que tenía el amo con su esclavo.

Estas restricciones son:

1.- Séptimo Severo, limitó el de derecho de vida y muerte sobre los hijos.

2.- Antonio el Píadoso, limitó el derecho del " paterfamilias " a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.

3.- Se limitó el derecho del " paterfamilias " a casos de extrema y necesidad.

4.- Bajo Constantino se prohibió al " paterfamilias " abandonar a sus hijos, salvo cuando nacieran " adhuc sanguinolentus ".

5.- Se facultó al hijo para reclamarle alimentos al "paterfamilias ".

6.- Se le reconoció el derecho al hijo de quejarse, judicialmente, en contra del paterfamilias ". (2)

La mancipación a un tercero.

La mancipación otro de los castigos que el paterfamilias daba a los hijos, ésta consistía en que el padre de familia se lo entregaba a un tercero (el adquirente) otorgándole una autoridad especial llamada "mancipium" el hijo el hijo se encontraba en una calidad semejante a la del esclavo, sólo que de forma temporal y sin daño alguno a su ingenuidad.

" Todo el que está in mancipio participe, a la vez del esclavo y del hombre libre : a) el esclavo se parece en que todo lo que adquiere pertenece al Señor. Para ser eximido de esta autoridad, es necesario que esté manumitido por la vindicta, el censo o por testamento, ejerciendo desde entonces el señor sobre él los derechos de un patrono; b) pero tiene también de hombre libre, puesto que no pierde ni la libertad ni la ciudadanía ". (3)

Ciertamente se vendía el hijo o se daba como una garantía sin embargo debía efectuarse en casos de miseria y en un precio efectivo; pero el adquirente se obligaba a liberarlo en un tiempo fijado.

(2) Lemiz, García Real, "Derecho Romano" (Compendio), Editorial Limsa, México D.F., 1979. p.101.

(3) Petit, Eugens, op. cit. p. 124.

Así que si se rehusaba, el censor anulaba la mancipium, volviendo a la autoridad paterna.

"La mancipación no siempre era un castigo para el hijo pues lo torna Sui Iuris y puede tener patrimonio propio. La emancipación de un hijo se logra mediante tres ventas, la de la hija y demás descendientes, con una sola venta. Posteriormente se hizo una simple declaración ante el magistrado. El emancipado pierde su parentesco de agnación, pero conserva el de cognación; el pretor le conserva sus derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos".

(4)

Fue declarada ilícita la venta de los hijos por Antonio Caracalla, diciendo que sólo podía permitírsele a un padre en extrema necesidad; por el contrario, Dioclesiano la prohibió por completo, siendo Constantino quien de nuevo lo aceptara, sólo en casos de recién nacidos y con el derecho de recuperarlos.

#### Abandono.

Finalmente, nos encontramos con el abandono de los hijos que hacía el paterfamilias, los que eran recogidos pasaban a la autoridad de quienes lo poseían ya sea en calidad de esclavo o de un hijo, esta práctica sólo fue prohibida, en el Bajo Imperio.

En referencia al aspecto patrimonial de la patria potestad, el hijo estaba en un principio en condiciones muy seme

---

(4) Bravo, González Agustín y Bialostosky, Sara " Compendio de Derecho Romano", Editorial Pax-México, México D.F. 1966. p.p. 42 y 43.

jantes a las del esclavo, por lo que no podía tener bienes propios, ya que todo lo que tenía era del jefe de familia.

No obstante, que en la familia había un solo patrimonio éste era considerado como un tipo de copropiedad, puesto que los hijos aumentaban dicho patrimonio y a la muerte del paterfamilias se les sucedía a título de herederos sui; bajo el Imperio fue modificada esta situación por lo que Lemuz, García indica:

" En estos períodos la condición jurídica del hijo de familia en relación con los bienes adquiridos por él, se mejoró grandemente a través de los peculios ". (5)

Los peculios podían ser sobre dinero o bienes; el peculio castrense era, el que el jefe daba al hijo o a su esclavo para aumentar su industria, y consiste en los emolumentos que adquiría el hijo como miembro del ejército creado por Augusto; el peculio cuasi castrense por los bienes que adquiría el hijo por el servicio que prestaba a la Corte.

El hijo ya podía figurar en los actos jurídicos; obligándose civilmente tanto en contratos como en delitos, disfrutaba además de los derechos políticos o podía ocupar cargos públicos.

Fuentes de la Patria Potestad.

El matrimonio o justas nupcias, constituyó la principal fuente de la patria potestad, los hijos nacidos de ese matrimonio pasaban a formar parte de la familia civil del padre.

---

(5) Lemuz, García Raúl, op. cit. p. 101.

Eran considerados hijos de justas nupcias, los nacidos dentro de los ciento ochenta días después del matrimonio (aún cuando algunos autores consideran que son ciento ochenta y dos días) o los nacidos en los treientos y un días de su disolución. (otros autores dicen que son solo treientos días).

Además de que el paterfamilias tenía el poder sobre ellos, también tenía obligaciones como la de alimentos o dote para los hijos.

La legitimación, es otra de las fuentes de la patria potestad, ésta era una forma para que el paterfamilias adquiriera su autoridad sobre los hijos nacidos del concubinato; existían varias formas de legitimar como era el matrimonio subsiguiente; la erroris causa probatio (cuando creían que tenían el connubium); por rescripto del Emperador (cuando la madre estaba muerta, ausente o casada con otro); por oblación a la Curia (el padre le ofrecía la curia de su Villa Natal si era hijo, y si era hija la casaba con un Decurión).

La adopción, tercera fuente de la patria potestad y Bravo González la define, de la siguiente manera:

" La adopción es un acto solemne que hace pasar a un filiusfamilias de la potestad de su padre natural a otro paterfamilias ". (6)

---

(6) Bravo, González Agustín, op. cit. p. 40.

Existen dos clases de adopción, la más antigua forma de adopción era la Arrogatio o Adrogatio, por la cual una persona sui iuris pasa a depender de otra también sui iuris, entrando como agnado en su familia civil, y todos los bienes del adrogado pasan a manos del adrogante; primeramente se hacía por medio de los pontífices, más adelante con la aprobación de los comicios por curias estando, adrogante y adrogado, después ante treinta lectores y finalmente fue el emperador quien daba su aprobación .

En un principio estaban excluidos los impúberes y las mujeres, pero Antonino el Piadoso levanta la prohibición con respecto a los impúberes y Dioclesiano con respecto a las mujeres.

Los requisitos de la adrogación eran :

- a) el adrogante debía ser varón.
- b) el adrogante debía ser ciudadano romano.
- c) el adrogante no debía tener hijos.
- d) el adrogante debía tener 60 años.
- e) entre adrogante y adrogado debía haber diferencia de edad (según Justiniano de 18 años).

Dentro de los efectos de la adrogación nos encontramos con :

a) el adrogado pasaba bajo la potestad del adrogante, al igual que su familia y entraba como agnado de esa nueva familia civil.

b) el adrogado tomaba el nombre y gentilicio del adrogante.

c) el adrogado sufría una *capitis diminutio minima* (ya que perdía su *status familiae*) pero no el *status libertatis* y el *civitatis*.

d) el adrogado de *sui iuris* pasaba a *alieni iuris*.

e) la *sacra privata* del adrogado se suprimía y adoptaba la de su adrogante.

f) los bienes que tenía el adrogado pasaban al adrogante.

La adopción, además de ser menos antigua que la adrogación, era de menor trascendencia ya que en ésta no se extinguía ni la antigua familia ni su culto, y era aplicada también a las hijas; se trataba sólo de *alieni iuris* por lo que no intervenían los pontífices; pero su procedimiento se hacía ante la autoridad de un magistrado "*Imperio Magistratus*".

Eran necesaria dos operaciones :

a) extinguir la autoridad del *paterfamilias* (la Ley de las XII tablas lo estableció), el jefe vendía tres veces consecutivas a su hijo, quedando *in mancipio* en casa del adoptante.

b) pasar al hijo bajo la potestad del padre adoptivo, - éste se lo cedía de nuevo al padre natural y se presentaban después ante el magistrado, el adoptante le decía tener la autoridad paterna y como el padre natural no lo negaba, se le aprobaba la pretención; posteriormente gracias a Justiniano - sólo se necesitaba la declaración del *paterfamilias* y del adoptante ante el magistrado.

### Requisitos de la Adopción.

- a) el adoptante debía ser varón.
- b) el adoptado podía ser varón o mujer.
- c) adoptante y adoptado debían ser ciudadanos romanos.
- d) debía existir entre ellos una diferencia de edad de por lo menos 18 años.
- e) debía haber acuerdo de voluntades entre paterfamilias y adoptante (y a partir de Justiniano, la no oposición del adoptado).

### Efectos de la Adopción.

En el derecho clásico:

- a) el adoptado sale de su primera familia ( perdía la agnación y el derecho de sucesión ) pero no el de cognación.
- b) el adoptado entra en la familia civil de su adoptante con todos sus derechos.
- c) toma el nombre y gentilicio de su adoptante.
- d) si el adoptado tenía esposa e hijos, a ellos no se extendía la adopción.

Bajo Justiniano:

- a) se daba la adopción menos plena, cuando el adoptante era un *Extraneus* (no ascendiente del menor) el adoptado no salía de su familia primitiva; pero si adquiría de su adoptante la sucesión ab intestato.
- b) se daba la adopción plena, cuando el adoptante no era un *Extraneus* y el adoptado sí salía de su familia antigua.



### Extinción de la Patria Potestad.

Por acontecimientos fortuitos:

- a) por muerte del paterfamilias o del hijo.
- b) por pérdida de ciudadanía del jefe o del hijo.
- c) por pérdida de libertad del paterfamilias o del hijo.

jo.

d) por elevación del hijo a edad.

Por acontecimientos Solemnes:

- a) por arrogación del paterfamilias (pérdida de la capitis diminutio).
- b) por adopción del hijo (pérdida de la capitis diminutio mínima).
- c) por emancipación del hijo.

### TUTELA.

Siguiendo con el régimen de guarda, cuidado y protección del incapaz en Roma, trataremos ahora a la Tutela.

El célebre jurista Servio Sulpicio, define a la tutela de la siguiente manera:

" Es un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo ". (7)

En la antigüedad de Roma, el tutor sólo se encargaba de conservar los bienes del pupilo, (persona sometida a tutela); posteriormente alcanzó el matiz de protección.

---

(7) Petit, *Agens*, op. cit. p. 125.

La tutela comenzaba a dar lugar, cuando un hecho o acto hacía "sui iuris" a los impúberos de ambos sexos aún -- cuando se trataba de mujeres púberas sui iuris.

El poder que tenía el tutor, no es considerado como la potestad, puesto que no poseían el derecho de conexión sobre su pupilo, dándose por terminada en la pubertad, que era a los 25 años. En esta institución se encontraban muy relacionados los intereses de la familia con los del pupilo por lo que la Ley de las XII Tablas, confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impuber.

La tutela era una carga pública "manus publicum" por lo que era necesario que el tutor fuera libre, ciudadano o del sexo masculino; el hijo de familia también podía ser tutor, ya que sólo tenía efectos en el orden privado.

Ahora bien la ausencia de estos requisitos eran considerados como excusas para ejercer la tutela, así como tener más hijos, un cargo público, la edad de 70 años y en la época de Justiniano se agregó la minoría de 25 años.

La designación del tutor fue hecha en un principio por el paterfamilias en su testamento, pues así lo concedía la Ley de las XII Tablas; a falta del tutor testamentario, la familia por agnación o los gentiles en segundo término eran llamados por la ley para nombrar al tutor (ya que ellos estaban interesados) en la conservación del patrimonio del impuber y por último en el siglo VI de Roma, a falta del agnado del tutor testamentario la designación era hecha por un magistrado.

Por consiguiente las clases de tutela en Roma fueron :

a) tutela testamentaria.

b) tutela legítima.

c) tutela dativa.'

Que son las que actualmente conocemos, en nuestra legislación.'

Ahora bien, con respecto a las funciones del tutor, los juristas romanos formulan una apreciable distinción que deberíamos tener en nuestra legislación: El tutor se encargaba de la riqueza del pupilo y no de su guarda y su educación, ya que en presencia de los parientes más cercanos del impuber era señalada la persona indicada para su cuidado y educación que casi siempre era algún ascendiente por tener mayor interés en el pupilo.'

Las funciones del tutor antes de iniciar la tutela:

1.- Formular un inventario de todos los bienes, derechos y obligaciones, patrimonio del pupilo para restituirlos al terminar la tutela.

2.- Constituir la "Satisfatio" (el tutor se obligaba a conservar y administrar el patrimonio, con fiadores solventes para garantizar, excepto los tutores testamentarios y dativos.'

3.- Declarar ante el magistrado, si era acreedor o deudor para excluirlo de la tutela, si lo omitía era castigado si era acreedor perdía su crédito y si era deudor, no se hacía válido el pago durante la tutela.

**Funciones del tutor mediante la tutela:**

1.- Administrar el patrimonio del pupilo, como un buen padre de familia.

2.- Velar por los intereses del pupilo, como si fuera en su propia persona.

3.- Otorgar su auctoritas o realizar la gestión de negocios.

**Funciones del tutor al terminar la tutela:**

1.- Rendir cuentas pormenorizadas de la administración.

2.- Restituir todos y cada uno de los bienes que tenía en su administración.

3.- Responder de los daños y perjuicios que hayan sido su culpa.

Como ya mencionamos la auctoritatis y la gestio negotiorum eran funciones del tutor y Agustín Bravo nos dice al respecto:

" Mediante la Auctoritatis Interpositio, el tutor complementaba la insuficiente personalidad del pupilo para que el acto que éste celebraba produjera sus efectos en la persona del pupilo. Al principio debía darse en términos consagrados, no podía darse ni por mensajeros ni por carta, tanto como el tutor como el pupilo deberían estar presentes en el acto. La auctoritatis no puede sujetarse a término o condición: se da en el acto o no se da. Es voluntario para el tutor dar su auctoritas, nadie puede forzarlo a que lo otorgue si él considera conveniente negarle ". (8)

---

(8) Bravo, González Agustín, op. cit. p. 49.

Así mismo, expresa sobre la Gestio Negotiorum:

" En un principio no estaban obligados los tutores a administrar, después sí, pues su inacción podía ser perjudicial para los intereses del pupilo. Los actos que realiza el tutor mediante la gestio negotiorum recaen en su persona y repercuten en su patrimonio, los romanos no aceptaban la representación directa, de ahí que tuviera que rendir cuentas al pupilo al término de la tutela para traspasarle los efectos de esos actos y resarcirse de los gastos ". (9)

El tutor no estaba facultado para utilizar indiscriminadamente los procedimientos de administración sino que para ello, debía tomarse en cuenta la edad del pupilo y su presencia física:

Las etapas de la edad del incapaz eran :

Infans - recién nacido hasta los siete años.

Impuber - desde los siete años a los doce, tratándose de mujeres y catorce en varones.

Por lo que el tutor debía actuar con el procedimiento de gestio negotiorum si era infans, y la auctoritatis la otorgaba a los pupilos impuberes.

Extinción de la tutela.

El fin de la tutela podía terminar por causas de el pupilo o del tutor, si es por causa del pupilo sí se extingue en forma definitiva, si era por causa del tutor, sólo sehay conclusión en las funciones del tutor, ya que otro se hacía cargo y si no se nombraba uno nuevo.

---

(9) *Ibidem.* p. 49

En los casos de la mujeres fue un tanto diferente, por por lo que Raúl Lemuz expone:

" Las mujeres púberes "sui iuris" en Roma estuvieron sometidas a tutela perpetua, atendiendo, según opinión generalizada, a la ligereza en su carácter y a la falta de experiencia en los negocios y con el propósito primordial de proteger su patrimonio en beneficio directo de sus agnados o parientes civiles " (10)

Extinción de la tutela por causas del pupilo:

- a) Muerte del pupilo.
- b) Por llegar a la pubertad.
- c) Por capitis diminutio, máxima, medie o mínima.

Extinción de la tutela por causas:

- a) Muerte del tutor.
- b) Por capitis diminutio, máxima y medie.
- c) Por capitis diminutio, mínima en tutores legítimos (agnado, patrono o gentil del pupilo).
- d) Por destitución del cargo.
- e) Por excusa aceptada ya en funciones.

#### CURATELA.

En la antigüedad de Roma, la Ley de las XII Tablas otorgaba la curatela sólo a los incapacitados accidentales, por protección se amplió a los mente capti, a los mudos, sordos y a las personas con enfermedades graves y por último se extendió también a otro tipo de personas por incapacidades físicas como eran los menores de 25 años y pupilos.

---

(10) Lemuz, García Raúl, op. cit. p. 130

" La Curatela es aquella institución, que tiene por objeto la guarda legal, con idéntica regulación a la tutela, de los púberos " Sui Iuris " que por su salud, edad u otras deficiencias no tenían su plena capacidad jurídica ". (11)

Por lo que podemos decir, que estaban sometidos a la curatela:

1.- Los locos:

a) los furiosi - privados de facultades mentales con intervalos de lucidez.

b) los mente captus- sus funciones intelectuales están muy por abajo de los normales, sin intervalos de lucidez.

2.- Los pródigos- sui iuris que disipaban sus bienes provenientes de sucesión legítima de su padre o su abuelo paterno.

3.- Los menores de veinticinco años - que fueren púberos y sui iuris.

4.- El pupilo - en casos especiales.

La cura minorum, en la evolución de ésta, podemos distinguir varios períodos:

1.- Anterior a la Ley " Plaetoria ".

2.- Ley " Plaetoria ".

3.- Reformas del Pretor.

4.- Rescripto de Marco Aurelio.

5.- Reformas de Dioclesiano.

En el primer período, se consideraban totalmente capaces los varones menores de veinticinco años que llegaban a

---

(11) Ibidem. p. 131.

" La Curatela es aquella institución, que tiene por objeto la guarda legal, con idéntica regulación a la tutela, de los púberos " Sui Iuris " que por su salud, edad u otras deficiencias no tenían su plena capacidad jurídica ". (11)

Por lo que podemos decir, que estaban sometidos a la curatela:

1.- Los locos:

a) los furiosi - privados de facultades mentales con intervalos de lucidez.

b) los mente captus- sus funciones intelectuales están muy por abajo de los normales, sin intervalos de lucidez.

2.- Los pródigos- sui iuris que disipaban sus bienes provenientes de sucesión legítima de su padre o su abuelo paterno.

3.- Los menores de veinticinco años - que fueran púberos y sui iuris.

4.- El pupilo - en casos especiales.

La cura minorum, en la evolución de ésta, podemos distinguir varios periodos:

1.- Anterior a la Ley " Pleatoria ".

2.- Ley " Pleatoria ".

3.- Reformas del Pretor.

4.- Rescripto de Marco Aurelio.

5.- Reformas de Dioclesiano.

En el primer periodo, se consideraban totalmente capaces los varones menores de veinticinco años que llegaban a

---

(11) Ibidem. p. 131.



la pubertad "sui iuris".

En el período de la Ley Flaetoria, ésta estableció una excepción, la "indicium publicum rei private" pues consideraba que no coincidían las facultades intelectuales, con el desarrollo físico de los varones "sui iuris" menores de veinticinco años púberes; por lo que podían ocupar este recurso para hacerlo valer frente a terceros, que abusando de su inexperiencia los perjudicaba, fué muy exagerada la represión de éste indicium, por lo que perjudicaba el crédito del menor.

En las Reformas del Pretor, éste creó entonces, una protección más efectiva la "Integrum Restitutio" era concedida al menor perjudicado en un acto legal para restablecer las cosas a su primitivo estado, aún cuando también perjudicaba al menor.

Ahora bien, en el Rescripto de Marco Aurelio, a partir de este emperador se dió la costumbre de nombrar un curador "Ad Certam Causam", para negocios determinados, así que los menores de veinticinco años podían pedir un curador permanente, no se imponía en forma obligatoria sólo en casos de juicio, rendición de cuentas y pago.

En las Reformas de Dioclesiano, éste determinó que el menor que solicitaba un curador confesaba su incapacidad legal, y distinguía dos casos :

a) Menor con curador- eran en derecho incapaces, podían mejorar su condición pero no empeorarla sin el "consensus curatoris" que era el consentimiento que el curador-

otorgaba a la forma y término de un acto jurídico ejecutado por el menor (semejante a la "intrpositio auctoritas del tutor").

b) Menor sin curador- Eran plenamente capacitados aunque si tenían derecho de utilizar en caso de lesión la "integrum restitutio".

La Venia Atetatis.

Esta era una institución legal por la que se le concedía una capacidad a los varones a los veinte años y a las mujeres a los dieciocho años semejante a la de los mayores de edad.

Cura Pupillorum.

La curatela para los pupilos sólo se daba en los casos siguientes :

- a) Cuando el tutor tenía un juicio contra su pupilo.
- b) Cuando el tutor interponía una excusa temporal.
- c) Cuando el tutor no era capaz en sus funciones y éste sólo puede conducirse por la negotiorum gestio y no por la auctoritas tutoris.

Extinción de la curatela.

Esta puede darse por causa del curador o del incapacitado, tratándose del curador :

- a) Por la muerte.
- b) Por excusa.
- c) Por pérdida de la agnación.
- d) Por crimen suspecti curstoris.

Tratándose del incapacitado :

- a) Por su muerte.
- b) Por adrogación.
- c) Por plena mayoría de edad.
- d) Por la venia aetatis.
- e) Por cesación de incapacidad.

#### B. CODIGO DE NAPOLEON.

En el Derecho Francés, la expresión "Patria Potestad" no fue muy exacta, ya que cada uno de los estudiosos del derecho da su propia definición según sus ideas, así pues Planiol dice:

"Es el conjunto de Derechos y Facultades que la ley - concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (12)

Por otro lado Bonnacase, expresa su definición de la siguiente manera:

"Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en su persona como en sus patrimonios". (13)

---

(12) Planiol, Marcel y Ripert, Georges, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Traducción de Lic. M. José Cajica, - Editorial Cárdenas, vol. II, t. I, México D.F., 1983 p. 251.

(13) Bonnacase, Julien, "Elementos de Derecho Civil", - Traducción de Lic. José M. Cajica, Editorial Cárdenas, Tomo I, Tijuana, B.C., 1985. p. 427.

De las dos anteriores expresiones, podemos decir que la de Bonnacase, es mucho más completa, puesto que menciona aspectos importantes que Planiol no toca; como lo son: las obligaciones que deben tener los que ejercen la patria potestad para con los menores, además incerta que no sólo son los padres quienes la pueden practicar sino también los ascendientes (abuelos) o por terceros (en el caso de la adopción) y por último, habla del patrimonio, aspecto que no especifica Planiol.

Ahora bien, daremos un esbozo general de la evolución de la patria potestad en el antiguo derecho de Francia; y para su mejor comprensión lo dividiremos en dos regiones:

- a) Región de Derecho Escrito.
- b) Región Consuetudinaria.

En la Región de Derecho Escrito, es decir en el sur de Francia, subsistían todavía las antiguas reglas romanas sobre la patria potestad como lo eran: que la madre no podía ejercerla, que se prolongaría el poder sobre el hijo indefinidamente, sea cual fuere su edad, que éste no podía adquirir bienes por su cuenta y los que tuviera pertenecían al padre y además, que el hijo no podía celebrar contratos de mutuo, ni testar.

Aunque es cierto que las Constituciones de los Emperadores y más adelante la Jurisprudencia de los Parlamentos - atenuaron estas reglas, como fue el caso especial de la multiplicación de emancipaciones tácitas, principalmente por -

el matrimonio, que desligaba a los hijos de la potestad paterna.

Pero a pesar de todo, la institución siguió como una especie de poder doméstico constituido a favor del interés del padre más que del hijo.

En las Regiones Consuetudinarias, en el norte de Francia, todo era distinto, ya que en estas provincias predominaba la idea de una protección que se debía tener al hijo, la madre podía ejercer la patria potestad al igual que el padre y la potestad era temporal, además tenía un aspecto familiar y de hecho, más no tenía reglas jurídicas escritas, todo era práctica, aún cuando a partir del s. XVI se encontraron algunos textos de ordenanzas, así es que de ninguna manera era parecida a la patria potestad del derecho Romano.

El 3 de Septiembre de 1807 se dictó una ley que decía:

" Napoleón, por la gracia de Dios, y las Constituciones Imperiales, emperador de los franceses, rey de Italia y protector de la Confederación del Rin, a todos los presentes y venideros, salud.

El cuerpo legislativo ha aprobado, el 3 de septiembre de 1807, el siguiente Decreto, de conformidad con la proposición formulada en nombre del emperador, y luego de oídos los oradores del Consejo de Estado y de las secciones deltribunado el mismo día.

( Sigue el texto del cuerpo legal y dispone que se denomine " Código de Napoleón " , en lugar de " Código Civil de los franceses " (14)

Por lo que dicho código en el título IX de la patria - potestad en su artículo 371 y 372 dicen:

Artículo 371, "El hijo a toda edad, debe honrar y respetar a sus padres".

Artículo 372, "Aquél permanece bajo la autoridad de éstas hasta su mayoría de edad o su emancipación." (15)

De lo cual se desprende que, la patria potestad es ejercida sólo por sus padres, y sobre menores de edad o hijos no emancipados; aún cuando en el art. 371 menciona que el hijo a toda edad debe honrar y respetar a sus padres, es una cuestión meramente moral y no legal.

En la redacción de otro de los artículos del Código de Napoleón nos habla de que durante el matrimonio el padre debe ejercer la patria potestad en su carácter de jefe de familia a excepción de ciertos casos en que es la madre quien debe hacerlo.

Con respecto al derecho de corrección éste evolucionó de tal manera que el padre debía dirigirse por medio de una solicitud al presidente del tribunal de la infancia del lugar de residencia del menor, (aunque el juez de la infancia podía proceder de oficio) para que éste dictara orden de detención en contra del menor, si era menor de dieciséis años

(14) Mazeaud, Henri León y Mazeaud, Jean, "Lecciones de Derecho civil", Parte cuarta, vol. IV, Traducción de Alcalá - Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas-Europeas, Buenos Aires 1965, p. 279. Con Apéndice del Código Francés.

(15) Ibidem. p. 363.

no podía exceder de un mes, si era mayor de dieciseis años-hasta la mayoría de edad no más de seis meses.

El juez mientras se encargaba de la encuesta (estudio-social, médico, psiquiátrico y psicológico) tomaba una providencia de Custodia provisional a alguno de sus padres, pariente o a un tercero etc.

Después de la encuesta el juez convocaba a los padres o al custodio y al menor a una audiencia, para intentar la adhesión de la familia, posteriormente se les notificaba el fallo del juez; el padre podía retirar la renuncia de detención en cualquier momento, con derecho a pedir más en caso de que el hijo reincidiera.

La patria potestad sobre hijos legalmente reconocidos-se ejerce por aquél de sus padres, que lo haya reconocido - primero, si fué simultaneo por ambos.

La patria potestad de los hijos naturales, se rige como la relativa a los hijos legítimos, artículo 383 "Código-Napoleónico."

En lo expuesto, se ve con toda claridad los verdaderos propósitos del Código Napoleónico en la materia que nos interesa; pues en vez de aquél austero poder establecido sólo en beneficio del paterfamilias, vemos el deber de protección compartido con la madre en relación al hijo que engendraron.

En cuanto a los bienes, el padre o la madre, tendrán el disfrute de los bienes de sus hijos hasta la edad de --

dieciocho años cumplidos, o hasta la emancipación.

El artículo 386 del Código de Napoleón, dice que el disfrute de los bienes no tendrá lugar a favor del padre o de la madre contra el cual se hubiere pronunciado el divorcio, y cesará, con respecto a la madre, en el caso de segundas nupcias.

Si se trata de bienes que el hijo adquirió por trabajo, donación o herencia en donde existía la condición de que los padres no gozaran de ellos, el disfrute no procede.

Por lo que respecta a la Tutela, el Código Napoleónico nos dice, que la tutela puede ser ejercida primeramente por el padre, el cual tiene a su cargo la administración de los bienes del hijo menor, no emancipado (excepto los bienes - se le dieron donados o por legado) con condición expresa de que un tercero los administre, posteriormente, si el padre está incapacitado para ejercer la tutela, la ejercerá la madre en las mismas condiciones que aquél y por último si hay oposición de intereses se nombra un tercer tutor; en los casos de hijos naturales el padre que ejerciera la patria potestad no podía administrar los bienes a menos que lo hiciera con el carácter de tutor legal y con inspección de un tutor subrogado.

A la muerte del padre, como ya dijimos, la siguiente - en ejercer la tutela es la madre, pero si ésta quisiera verse a casar deberá convocar el consejo de familia, que decidirá si se le debe conservar la tutela.



A falta de esa convocatoria, aquélla perderá la tutela de pleno derecho; y su nuevo marido será responsable solidario de todos los resultados de la tutela que ella hubiera conservado indebidamente. Artículo 395 del Código de Napoleón.

Pero cuando el consejo de familia aceptaba que siguiera ejerciendo dicha tutela, su nuevo marido era nombrado — cotutor.

El último que moría de los padres era la única persona que podía designar un tutor a su hijo, si esto no sucedía — el derecho correspondía en primer término al abuelo paterno a falta de este al materno, y así sucesivamente de manera — que el ascendiente paterno sea preferido sobre el materno — del mismo grado.

Cuando un menor no emancipada quedara sin padre ni madre, sin tutor elegido por sus padres, sin ascendientes varones, se proveerá por el consejo de familia al nombramiento de un tutor.

El consejo de familia se componía de seis parientes, — la mitad del lado paterno y la otra del materno, dando preferencia al de mayor proximidad en cada línea, grado y de — menor edad.

De lo anterior se desprende que existían también las — tres clases de tutela, la testamentaria, la legítima y la — dativa.

Por lo que vemos que hay una correlación entre la pa —

tria potestad y la tutela, además de una coexistencia entre ellas; puesto que los padres podían ejercitar al mismo tiempo la patria potestad y la tutela; puede igualmente haber división de poderes entre el padre, la madre y el tutor, la tutela puede ser abierta aún cuando los padres estén vivos.

La patria potestad tiene por objeto proteger al hijo en su persona y en sus bienes, y la tutela sólo se encarga de la administración de los bienes, por lo que todo tutor debía rendir cuentas.

Sobre la Curatela, el Código Napoleónico la menciona en el título X capítulo III de la Emancipación en el artículo 480 que se refería a las cuentas de la tutela, que se le rendían al menor emancipado no podía intentar una acción inmobiliaria, ni defenderse ante ella, ni siquiera percibir o dar recibo de un capital mobiliario sin que lo asesore su curador quien vigilaba la intervención del capital recibido.

Al respecto Bonnacase dice:

" Tal parece, según el espíritu de la emancipación, que el menor emancipado debería estar facultado para realizar un gran número de actos con la sola asistencia del curador. Pero, no es así. Se autoriza, de acuerdo con la ley, en estas condiciones: a) la recepción de la cuenta de la tutela o de administración legal (art. 480); b) el ejercicio de acciones reales o la defensa contra éstas; el cobro expeditión de recibos o inversión de un capital mueble (art. --

482); c) la aceptación de donaciones o legados a título particular (art. 935); de la enagenación de valores muebles ... (16)

Por consiguiente se desprende que la curatela era utilizada sólo para menores emancipados, ya sea por matrimonio o por sus padres; y no sobre mayores incapacitados por estado natural de imbecilidad, de demencia o de furor a los cuales se les nombraba un consejero judicial parecido al curador.

Durante algún tiempo sólo se le denominó Código Civil de los franceses pero por Decreto del 27 de marzo de 1857:

" Luis Napoleón, Presidente de la República Francesa, ante el informe del guarda sellos, ministros, secretarios, para el Departamento de Justicia.

Considerando que la formación del Código Civil por el promulgado se debió a la poderosa voluntad del Emperador Napoleón - Que él fue el que eligió a los hombres eminentes por los cuales se preparó y terminó esa obra inmortal; Que, durante su procedencia en el Congreso de Estado, y ante las inspiraciones de su genio, fueron resueltas las más graves cuestiones de nuestro Derecho Civil; que el reconocimiento público había embellecido ese código, con el título de Código de Napoleón - Que al restablecer esa denominación, no se hace sino rendir homenaje a la verdad histórica al propio tiempo que al sentimiento Nacional.

---

(16) Bonnesse, Julien, op. cit. p. 491.

Decretas:

Art. 1.- El Código Civil recuperará la denominación de Código de Napoleón ". (17)

C. CODIGO CIVIL DE 1870.

Las fuentes inmediatas a las cuales se basaron los legisladores mexicanos para la creación del Código Civil, fueron las legislaciones francesa y española, principalmente.

El antecedente legislativo más remoto en nuestro derecho, en cuanto a la protección y cuidado del menor, lo encontramos en el proyecto del Código Civil, que en el año de 1859, elaboró el Señor Licenciado Don Justo Sierra por encargo del Presidente Benito Juárez, proyecto que fue publicado y aprobado en 1851, inspirado en el proyecto del Código Civil español de García Goyena, el cual a su vez tuvo como fuente de inspiración el Código de Napoleón de 1804.

Y fue precisamente este proyecto de Don Justo Sierra, el que contribuyó grandemente para la elaboración del Código de 1870, al cual nos referiremos.

El Código de 1870, también contempla la guarda y protección del menor, en las instituciones de patria potestad, tutela y curatela a un conado sus disposiciones no fueron suficientes para alcanzar las finalidades de protección y defenza del menor.

---

(17) Mazaud, Henri León, y Mazaud, Jern, op. cit. p.p. 280 y 291.

Por lo que respecta, a la patria potestad plasmada en su título octavo, capítulo I, el Código de 1870 nos dice :

" Art. 389- Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y de más ascendientes.

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

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

Art. 391- La patria potestad la ejerce ;

I.- Por el padre

II.- Por la madre

III.- Por el abuelo paterno

IV.- Por el abuelo materno

V.- Por la abuela paterna

VI.- Por la abuela materna "

De lo anteriormente expuesto, se desprende que igual -- mente que el Código de Napoleón se plasma por principio, -- una norma moral de los hijos para con los padres y más aún, indica el Código de 1870, con los ascendientes.

Por otro lado, expresa claramente que la patria potestad debe ser ejercida sobre hijos legítimos o legitimados-- al igual, menores de edad y no emancipados.

Por último, indica que no sólo son los padres quienes ejercen la patria potestad, como en el Código de Napoleón, sino que los abuelos paternos como maternos, también tenían ese derecho, en la orden que la ley les marcó.

En cuanto a la facultad de corregir y castigar a sus hijos, este precepto indica que debe ser en forma templada y mesurada y más aún, que las autoridades debían auxiliarlos de una manera prudente, cuando esto hay sido requerido por el que tenga a su cargo la patria potestad.

Por lo que toca a los bienes del menor, el Código Civil de 1870 los divide especificando claramente a quien corresponden los frutos y la administración, por lo que se denota que en la mayoría de los casos se compartía por igual entre el hijo y el padre, aún cuando este último tenía la administración total.

Tratándose de bienes que adquiría el hijo por un trabajo honesto, correspondía sólo a él, tanto la propiedad como la administración y los frutos.

En este precepto legal, por lo que respecta a nuestro tema, trató de dar un enfoque de protección al menor, pero desafortunadamente hubo muchas deficiencias que trataron de ser subsanadas por otras leyes expedidas posteriormente como fue el caso del Código de 1884. (18)

Sobre la tutela, el Código de 1870 nos dice en uno de sus preceptos, el artículo 430, lo siguiente :

---

(18) Vid. *Infra*. p. 34.

" El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos. "

Observando el precedente artículo, nos damos cuenta de que a diferencia del Código Napoleónico, la tutela no solo se refiere a los bienes sino también a la persona, además se trata de menores de edad no emancipados, que no estén sujetos a la patria potestad o de mayores de edad privados de inteligencia.

En los subsecuentes artículos, se ven plasmadas las tres clases de tutela que desde tiempos muy remotos se crearon, claro que con algunas modificaciones como en el caso de la tutela dativa, en donde el tutor debía ser nombrado por el juez, pero en el caso de que el menor tuviera más de catorce años, él mismo nombraba a su tutor, con la confirmación del juez.

Los tutores debían dar garantía para asegurar el manejo de su puesto y también debía rendir cuentas al finalizar su cargo.

Sobre la curatela, el título décimo y en especial el artículo 669 dice al respecto :

" Todos los sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor, tendrán en todo caso un curador. "

Por lo tanto, la curatela también se ejercía sobre menores no emancipados, y sobre los mayores privados de inteligencia, la curatela se regía por las mismas reglas que la tutela, sólo que con diferentes obligaciones como lo eran:

- 1.- Defender los derechos del incapaz en juicio o fuera de él, siempre que esten en oposición con los del tutor.
- 2.- Vigilar la conducta del tutor, dando aviso al juez.
- 3.- ~~Avisar~~ al juez, cuando el tutor falte o abandone su cargo.
- 4.- Cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

De lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que resulten, la curatela termine al mismo tiempo - que la tutela, pasados diez años de ejercer el cargo de curador debe ser relevado.

#### D. CODIGO CIVIL DE 1884.

El Código de 1884, fue promulgado por el C. General -- Manuel González, el aspecto sobre la protección del menor, se reglamentó en la misma forma que en el ordenamiento de 1870, con algunas variantes.

Por lo que se refiere a la patria potestad, las diferencias fueron mínimas, y podemos observarlo comparando el artículo 401 del Código de 1870 con respecto al 375 del Código de 1884, donde el primero menciona cinco clases de bie



nes y el segundo ordenamiento nos habla de seis clases, su-  
 mentando la clase de bienes que proceden de herencia o lega-  
 do del padre, así mismo en las demás clases interpone las -  
 palabras de herencia y donación que no fueron observadas --  
 por el Código de 1870.

Por otro lado en el artículo 410 del Código de 1870 ex-  
 pone como causas de extinción del derecho de usufructo del-  
 padre a :

I.- Por emancipación o mayoría de edad del hijo.

II.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias.

III.- Por renuncia hecha a favor del hijo, considerada  
 como donación.

Y en el Código de 1884, en su artículo 393 está de a -  
 cuerdo con la primera y tercera fracción; pero no en la se-  
 gunda, ya que plasma sólo la pérdida de la patria potestad.

En cuanto a la tutela, en el artículo 430 del Código -  
 de 1870 y el 403 del Código de 1884, ambos hablan ahí del -  
 objeto de la tutela; sólo que el segundo incluye también co-  
 mo objeto de la misma, la representación interina del inca-  
 paz en casos especiales.

Así mismo el Código de 1870 en su artículo 432, mencio-  
 na como incapacitados legales a los pródigos, declarados --  
 conforme a las leyes y a los menores de edad legalmente --  
 emancipados, para los negocios judiciales y por el contra-  
 rio el Código de 1884, en el artículo 405, excluye defini-  
 tivamente a los pródigos; por lo que en sus artículos subse

cuente, hay gran discrepancia con el Código de 1870, ya -- este establece el procedimiento que se debe seguir en el -- nombramiento de la tutela y en cambio el de 1884 en sus demás artículos le da más énfasis a los incapaces mentales.

Con respecto a la Curatela, en relación con el Código de 1870, sólo hay una modificación, sobre lo referente a -- los pródigos; pues si bien es cierto, en el Código de 1884 -- ya no son considerados como incapaces legales, por lo consi -- guiente no son motivo de apertura de la Curatela.

### B. LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

La Ley de Relaciones Familiares, expedida por el C. -- Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del -- Poder Ejecutivo de la Nación, Don Venustiano Carranza, el -- 9 de abril de 1917, publicada en el "Diario Oficial" de los días 14 de dicho mes al 11 de mayo, fecha en que entró en -- vigor; trató al igual que el ordenamiento de 1884 lo refe -- rente a la persona del menor, pero con las siguientes modi -- ficaciones :

En relación a la patria potestad, dice que ya no tenía por objeto beneficiar al que la ejerce y considerando la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se creyó conveniente establecer que se ejerciera conjuntamente por el padre y la madre y a falta de estos por el abuelo y la abuela, pues ningún motivo había para excluir de ella a la mujer --

que, por razones naturales, se había sacrificado por el hijo más que el mismo padre y generalmente le tiene más cariño.

En cuanto a los bienes del hijo, se suprimió por completo la clasificación establecida por el Código Civil, ya se consideraban que estos provenían de los peculios que establecía el derecho romano y con eso sólo se beneficiaba al padre; por lo que se decidió que los bienes del hijo fueran administrados por los ascendientes que ejerzan la patria potestad quienes podrán disfrutar la mitad del usufructo de esos bienes como remuneración a su trabajo, esa mitad será dividida entre los dos ascendientes.

Por lo que respecta a la tutela, se creyó conveniente reformarla, anexando a los ebrios habituales, dentro de los incapaces que mencionaba el Código Civil, cuya conducta es considerada como el resultado de un vicio o de una enfermedad, por lo que se requieren cuidados constantes tanto en su persona como en sus bienes, ya que él mismo es incapaz por su estado patológico en que se encuentra.

Además, las reformas en este tema trajeron aparejada una mayor eficacia con respecto a la protección del incapaz y se hizo más efectiva la vigilancia de las autoridades, con respecto a los tutores.

Por lo que se refiere a la Curatela, con excepción de que se incluyó a los ebrios habituales como incapaces, no se hizo ninguna otra modificación con respecto al Código de 1884.

## CAPITULO II

### DEL PARENTESCO, OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE PADRES E HIJOS.

#### A. ENCUADRAMIENTO DEL TEMA DENTRO DEL AMBITO DE LA DOCTRINA.

Si bien es cierto, el derecho es muy amplio, por lo que para su estudio es necesaria su división y tomando en consideración ésta, nos encontramos con que en primer término el derecho tiene dos clasificaciones principales que son: el Derecho Subjetivo y el Derecho Objetivo.

El derecho subjetivo, es el " Conjunto de facultades que la ley reconoce a los individuos para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses ... ".  
( 19 )

El derecho objetivo, es un conjunto de normas, que reglamentan la actividad social, rige las relaciones de los particulares entre sí, de los particulares con el Estado y viceversa, y las relaciones entre Estados Soberanos.

Esta segunda clasificación es la que nos interesa, el derecho objetivo, se divide en Externo o Internacional e Interno o Nacional.

El derecho externo o internacional, a su vez se divide

---

(19) Peniche, López Edgardo, "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil," Decimo Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1979, p.30.

en Derecho Público y en Derecho Privado.

El derecho público a su vez es dividido en : Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal ya sea civil o penal, Laboral y el Derecho Agrario.

El derecho privado se divide en: Derecho Mercantil y Derecho Civil.

Habiendo llegado a la rama del Derecho que nos interesa " Derecho Civil ", empezaremos por indicar su contenido: bienes, obligaciones, contratos, sucesiones, personas y familia.

La parte que nos interesa, es lo referente a las personas y su familia, ya que aquí se estudia todo lo relacionado con su vida privada y su patrimonio abarcando los siguientes temas: Teoría del acto jurídico, Teoría jurídica de las personas, Teoría jurídica de los bienes, Derechos reales; en cuanto a la familia: Parentesco, Alimentos, Esponsales, Matrimonio, Divorcio, Filiación, Adopción, Patrimonio familiar, Patria potestad, Tutela y Curatela.

Estas tres últimas instituciones se encuentran relacionadas con la Custodia, aunque no necesariamente la persona que ejerce la patria potestad, tiene la Custodia del menor incapaz, lo mismo sucede con el curador.

De esta manera, hemos llegado a ubicar el tema de la CUSTODIA dentro de la gran clasificación del Derecho.

## B. PARENTESCO CONSANGUINIO.

Antes de hablar del parentesco consanguinío, es neces

rio hablar del parentesco en general y en como nace.

" La sociedad paternofamiliar nace del vínculo de la generación real o supuesta entre generantes y generados; por eso los autores hablan de relaciones paternofamiliares derivados de la generación o ficción de la ley (adopción). La generación puede tener lugar dentro o fuera del matrimonio; - los hijos habidos fuera del matrimonio pueden legitimarse y reconocerse. " (20)

Con respecto al derecho romano, el parentesco en la actualidad es muy diferente, ya que en Roma se consideraban parientes una gran cantidad de personas que realmente no tenían parentesco ni con el paterfamilias ni con los demás integrantes de esa familia, llamándosele parentesco por agnación.

Ahora bien, existen diversas definiciones del parentesco según el autor, por lo que a continuación mencionaremos las siguientes :

Se llama parentesco: " Al lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores. " (21)

" Es en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente, que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto

---

(20) Manuel Alvarado, L. A. I. S., "Derecho Civil Mexicano", Tomo I, Parte general, Derecho de Familia, Ediciones Modelo, México, 1971, p. 389.

(21) Ibarrola, Antonio, "Derecho de Familia", Segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1981, p. 107.

to de consecuencias de derecho ". (22)

De las anteriores definiciones, cabe mencionar que la primera habla de la ley canónica, ya que antiguamente el derecho estaba íntimamente relacionado con la iglesia, cuestión a la que no le da ningún valor la legislación vigente; y la segunda establece en cierta forma las clases de parentesco reconocidas por la ley.

#### Clases de parentesco

A saber, las clases de parentesco son:

- a) Parentesco Consanguíneo.
- b) Parentesco por Afinidad.
- c) Parentesco Civil.

Ahora bien, estudiaremos al parentesco consanguíneo, que es el vínculo de derecho que se da entre las personas que descienden unas de otras o que tienen un solo tronco común.

Cada generación forma un grado y la serie de grados constituyen la línea de parentesco, la línea puede ser recta o transversal.

La línea es una serie ordenada de personas que proceden de un mismo tronco.

La línea recta, es la serie de grados entre personas que descienden unas de otras y puede ser ascendente o descendente: ascendente, es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que proviene; y descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La línea transversal o colateral, es la serie de gra-

---

(22) Rojas, Villegas Rafael, " Derecho Civil Mexicano"  
Tomo II, Vol. I, Editorial Porrúa, S.A., México 1975. p. 90.

dos entre personas que no descienden unos de otros pero --- tienen un mismo tronco común y puede ser igual o desigual : es igual, cuando los parientes se encuentren en el mismo -- grado; y es desigual, cuando los parientes no se encuentren en el mismo grado.

El civilista mexicano Luis Muñoz, nos menciona que en legislaciones europeas, dentro del parentesco consanguíneo-- agregan al parentesco legítimo, al parentesco natural legítimable y al parentesco natural no legítimable, distinción-- muy importante ya que tales situaciones afecta los derechos hereditarios, patrimoniales y nobiliarios.

Al parentesco legítimo lo definen como aquél que se origina de justas nupcias, dando lugar a la legalidad de la paternidad y a la filiación.

Que el parentesco natural legítimable, es aquel que se da fuera del matrimonio, pero que puede ser subsanado con -- el matrimonio subsecuente a la concepción o al nacimiento -- del hijo.

El parentesco natural no legítimable, es aquél que no puede ser legitimado por medio del matrimonio, debido a impedimentos suficientes como lo es el adulterio y el incesto. Cuestiones que son someramente mencionadas en nuestra legis-- lación, art. 62 y 64 del Código Civil.

#### Formas de cómputo.

La forma de computar el parentesco en línea recta es muy sencillo, sólo hay que contar el número de generaciones



o bien el de persona, excluyendo al tronco común, su representación gráfica es sólo una línea recta vertical en la cual se pone círculos a cada uno de los ascendientes y descendientes y se van contando. (23)

Por lo que se refiere al cómputo del parentesco en línea transversal, es un poco más complicado ya que existen dos líneas, los grados se cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las líneas y se va descendiendo por la otra, o por el número de personas de uno a otro de los lados que se consideran, excluyendo también al progenitor.

Su representación gráfica, forma un ángulo, en donde los dos parientes que se pretenden relacionar ocupan cada uno de los extremos inferiores y en el vértice es colocado el progenitor, de lo cual podemos decir, que los parientes no ocupen la misma línea y queden uno con el otro en forma paralela o colateral, se ponen círculos a cada pariente y se cuentan excluyendo al progenitor. (24)

Para efectos de esta tesis, el parentesco por afinidad no nos interesa, puesto que éste no genera como consecuencia del mismo la guarda y el cuidado de los menores; no obstante, daremos su definición :

" Es la relación familiar que existe entre el cónyuge y los y los parientes de su consorte, por lo que cada cónyuge es recíprocamente afín a los parientes del otro, sin -

---

(23) Vid. Anexo "A" .

(24) Vid. Anexo "B" .

ANEKO A

PARENTESCO CONSANGUINEO, EN LINEA RECTA ASCENDENTE.

PARENTESCO DEL HIJO (BISNIETO) CON EL BISABUELO

COMPUTO DE GRADOS

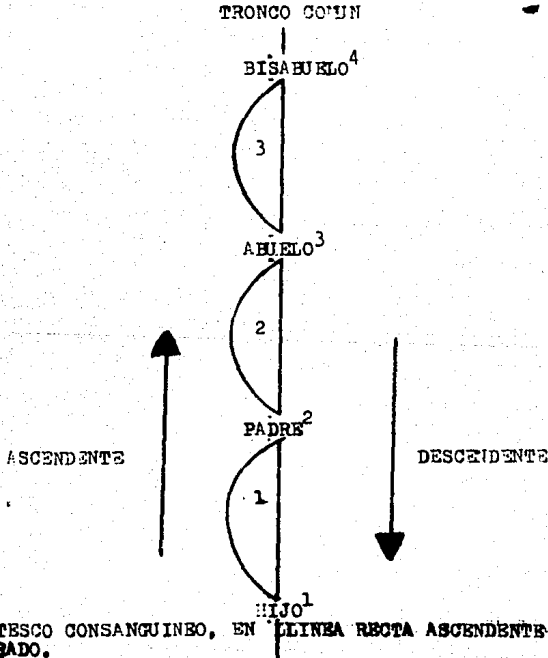
POR GENERACIONES

0

POR PERSONAS

DEL HIJO (BISNIETO) A SU PADRE, UNA GENERACION; DEL PADRE AL ABUELO, DOS GENERACIONES; DEL ABUELO AL BISABUELO TRES GENERACIONES.

EL HIJO, UNA PERSONA; EL PADRE, DOS PERSONAS; EL ABUELO TRES PERSONAS Y EL BISABUELO CUATRO, SE EXCLUYE AL TRONCO COMUN Y QUEDAN TRES PERSONAS.



ANEXO B

PARENTESCO CONSANGUINEO, EN LINEA COLATERAL O TRANSVERSAL.

PARENTESCO ENTRE TIO Y SOBRINO

COMPUTO DE GRADOS

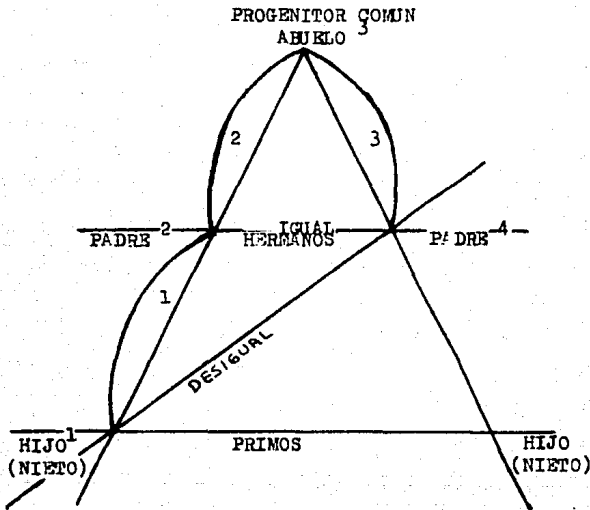
POR GENERACIONES

0

POR PERSONAS

DEL HIJO A SU PADRE, UNA GENERACION; DEL PADRE AL ABUELO, DOS; DEL ABUELO A SU OTRO HIJO (TIO), TRES GENERACIONES.

EL SOBRINO, UNA PERSONA; SU PADRE DOS; EL ABUELO TRES; Y EL TIO CUATRO; SE EXCLUYE AL TRONCO COMUN, Y QUEDAN TRES PERSONAS.



RESULTADO:

PARENTESCO CONSANGUINEO, EN LINEA TRANSVERSAL DESIGUAL EN TERCER GRADO.

que esa afinidad alcance a los parientes respectivos de los dos cónyuges ". (25)

### C. PARENTESCO CIVIL.

Es aquél que nace de la adopción, sólo existe parentesco entre adoptante y adoptado; este parentesco es una ficción de la ley, ya que se trate de simular una relación paternofamiliar entre adoptante y adoptado, por lo que ambos tienen las obligaciones y derechos iguales a los del padre y el hijo.

Como dijimos, el vínculo no trasciende a los demás parientes del adoptante, que debe ser una persona excepto en los casos de matrimonio.

Por otro lado, el parentesco consanguíneo del adoptado con su familia de origen no se extingue, por consiguiente éste sigue teniendo todos sus derechos como tal, así como el derecho de sucesión, como sus derechos de familia.

Para que se de este acto jurídico plurilateral, es necesaria la presencia de los que ejercen sobre él la patria potestad, el tutor en su caso, o las personas que lo hayan cuidado y a falta de estos el Ministerio Público, además deberán asistir el adoptante y el adoptado si es mayor de trece años.

La Ley de Relaciones Familiares en su artículo 220, definió a la adopción de la siguiente manera:

---

(25) Muñoz, Luis, op. cit. p. 393.

" ... el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo, respecto de la persona del hijo natural. "

Así mismo el Código Civil vigente en su art. 390 dice:

" El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más — que el adoptado y que acredite además :

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o a el cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio; según las circunstancias de la persona que acabe de adoptar;

II. Que la adopción es benéfica para la persona que se trata de adoptar; y

III. Que el adoptante es de buenas costumbres. ..."

Ahora bien, después de haber visto lo que es el parentesco y sus clases, diremos que de los parentescos que existen, el consanguíneo y el civil traen como una de sus consecuencias principales, la de Custodiar al menor.

Esto es, que dentro del parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente, tanto los padres como los abuelos, — tienen la obligación de Custodiar al menor, bajo lo que se-

llama patria potestad.

De igual manera los tíos y demás parientes por consanguinidad en línea transversal o colateral hasta el cuarto grado, tienen la obligación de cuidar al menor, cuando son requeridos a través de la Tutela Legítima.

Por otro lado, el parentesco civil como ya se dijo toma una relación de padre e hijo, por lo que el adoptante tiene la obligación de custodiar a su adoptado como si fuera su legítimo padre.

#### D. FILIACION DE HIJOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.

Primeramente debemos distinguir entre la filiación en sentido amplio y la filiación en sentido estricto por lo que diremos que: la filiación en un sentido amplio, es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado y que, la filiación en sentido estricto es, la relación que existe entre el progenitor y el hijo.

Autores como Antonio de Ibarrola dice:

" Hemos de considerar a la filiación como un hecho natural y como un hecho jurídico. Como hecho natural existe siempre en todos los individuos: Es siempre hijo de un padre y una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación, y la paternidad es difícil de comprobar ". (26)

---

(26) Ibarrola, Antonio, op. cit. p. 356.

Al respecto otro autor nos dice que la filiación es el estado jurídico y que la procreación, concepción, el embarazo y el nacimiento son los hechos jurídicos, por lo que este autor nos dice :

" Debemos diferenciar entre el hecho jurídico de la -- procreación del estado jurídico que constituye la filiación. En el hecho jurídico de la procreación, simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad y la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre y madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de ese hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al hijo adoptado el estado jurídico de hijo, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad." (27)

Además el autor Rojina Villegas dice que la filiación se inicia a partir del nacimiento, aún cuando desde la concepción, ese ser es protegido por la ley, consediéndole una personalidad y no necesita haber nacido.

La relación de filiación también puede ser llamada paternidad o maternidad, ya sea que se trate del padre o de -

---

(27) Rojina, Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil" Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1973 p. 433.

la madre respectivamente y de esta manera, Antonio de Ibarrola da la siguiente definición de la filiación como:

" La relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado ". (28)

Existen diversos tipos de filiación según la doctrina:

Filiación Legítima

Filiación Natural

Filiación Legitimada

Filiación Legitimada por Ministerio de Ley

Filiación Adoptiva

La filiación legítima es, el vínculo jurídico que existe entre el hijo concebido en el matrimonio y sus padres, aún cuando el menor nazca ya disuelto el matrimonio.

Por lo que se refiere a la filiación natural, es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba casada. Hay tres clases de filiación natural que son:

Filiación Natural Simple

Filiación Natural Adulterina

Filiación Natural Incestuosa

La filiación natural simple, es la que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio; pero con posterioridad, pudo celebrarlo con el padre, no hubo impedimento alguno.

La filiación natural adulterina, es aquella en donde el hijo es concebido por su madre, estando unida en matrimo

---

(28) Ibarrola, Antonio de, op. cit. p. 357.



nio y el padre es distinto al esposo, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa, por lo que existe impedimento para casarse por existir adulterio.

La filiación natural incestuosa, es la que se da cuando un hijo es procreado por parientes en el grado que la ley lo impide; el matrimonio, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, entre hermanos, es decir parientes en línea colateral de segundo grado y entre parientes en línea colateral en tercer grado, (este último tiene dispensa) en todos los casos incluyendo el último, si no hay dispensa, existe impedimento legal para celebrar matrimonio.

Filiación legitimada, es la que corresponde al hijo, que habiéndose concebido antes del matrimonio de sus padres nace durante él, o son reconocidos antes de celebrarlo, durante el matrimonio o después de su celebración.

Filiación legitimada por ministerio de ley, es aquella que contempla el caso especial en que el hijo nace dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y que no fue reconocido, pero tampoco fue impugnado, por lo que se dice que el marido no ejerció la acción contradictoria de paternidad, es decir, que al no negar su paternidad impugnándole la acepta.

Filiación adoptiva, es aquella en la que sin haber lazos de consanguinidad entre los padres y los incapaces, los primeros aceptan como hijos reconociéndolos, en donde la ley

expresamente da al adoptado, el estado jurídico de hijo, -- creando una familia ficticia.

En realidad, en nuestra legislación no existe distinción alguna entre los hijos legítimos y los hijos naturales gracias a las ideas sustentadas por Venustiano Carranza, como jefe del ejercito constitucionalista, de sostener por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para darle el mismo estado jurídico y para que tuviera una relación con todos sus parientes en virtud del parentesco de consanguinidad y no del matrimonio.

Como ya dijimos la filiación comprende tanto a la paternidad como la maternidad, la maternidad tiene una forma más directa de prueba en cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo se presume; si la maternidad es desconocida es imposible la investigación de la paternidad. (29)

En otro orden de ideas, diremos que existen tres especies de hijos que son a saber :

Los hijos nacidos de matrimonio

Los hijos nacidos fuera de matrimonio

Los hijos adoptivos

Según el Código Civil, se presumen hijos de matrimonio:

" I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta

---

(29) Infra. P. 51.

de nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial " (Art. 324 del Código Civil)

" Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los treientos que han precedido al nacimiento ". (30)

**Desconocimiento del padre, en los hijos de matrimonio.**

El esposo no podrá desconocer a su hijo, si alega adulterio de la madre, aún cuando ella misma declare que no son hijos de su esposo, a menos que el nacimiento de ese niño se haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses anteriores al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

En cambio, podrá desconocerlo cuando nazca después de trescientos días contados desde la separación judicial, aún cuando se establece la posibilidad de sostener que sí es el padre, por parte de la esposa, el tutor y el propio hijo.

Por lo que respecta a los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, estos sí pueden ser desconocidos por el padre a menos que:

Que se pruebe que el marido sabía del embarazo antes de casarse (se requiere de prueba escrita).

---

(30) Muñoz, Luis, op. cit. p. 425.

Que haya solicitado a registrar al menor, se haya levantado el acta de nacimiento y la hubiera firmado o contenga su declaración de no saber firmar.

Si ha reconocido como suyo al hijo de su esposa y si el hijo no nació con la capacidad de vivir.

La paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse por cualquier persona que le afecte la filiación en cualquier tiempo.

Por otro lado, en los casos en que el marido tenga el derecho de contradecir que el niño nacido no es hijo de matrimonio, la prescripción para su derecho es de sesenta días a partir del nacimiento del hijo, si el padre está presente; desde el día en que llegó, si estuvo ausente; o desde el día que se dió cuenta del fraude, en el caso de que se le haya ocultado el nacimiento; si el marido ha muerto sus herederos pueden contradecir la paternidad en los mismos casos.

Excepto en los casos de los niños nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, a menos que el marido haya entablado demanda, los herederos pueden proseguir el juicio, de que el niño haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos sean perjudicados por el hijo o poseer la herencia.

En los casos en que la divorciada, viuda o aquella que su matrimonio sea declarado nulo, y contrae uno nuevo en

tiempo prohibido por la ley y el hijo nace dentro del nuevo matrimonio, la filiación se establece de la siguiente manera:

Si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio y antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, se presume hijo del primer matrimonio.

Si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aún cuando ese nacimiento haya ocurrido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio se presume hijo del segundo matrimonio.

Y si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primer matrimonio se presume nacido fuera de matrimonio.

Con respecto al desconocimiento de un hijo, éste debe demandar ante el juez que corresponda, de otra forma será nulo, para lo cual en el juicio deberán concurrir la madre y el hijo, o si éste es menor se le nombrará un tutor.

Se considera nacido el feto, si desprendido del seno materno, vive veinticuatro horas o se presenta vivo al Registro Civil, sino concurren cualquiera de estas dos situaciones no podrá iniciarse demanda sobre la paternidad.

Prueba de la filiación de hijos dentro de matrimonio.

A simple vista se podría considerar que el hijo nacido

dentro del matrimonio, aparentemente no tiene problema alguno con respecto a la filiación, no obstante la ley contempla los instrumentos legales con los cuales se comprueba la legitimidad de dicha filiación y estas pruebas pueden ser : la partida de su acta de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

Para establecer la filiación legítima materna, se requiere de tres hechos :

El matrimonio de la mujer.

Que hubo parto y alumbramiento en la fecha requerida, de quien pretende ser la madre.

Dar la identidad del hijo.

Para que una madre pueda concederle una filiación legítima a su hijo, esencialmente se requiere que esté casada, por lo que respecta a la maternidad legítima es necesario que la que pretende ser la madre, lo pruebe con el parto y el alumbramiento, tanto el acta de nacimiento y la posesión de estado, constituyen la prueba de que la mujer dió a luz ya que concuerdan; pero si por el contrario, se difiere, si el acta de nacimiento establece una filiación diferente de la que resulta de la posesión de estado, el acta es la válida.

En cuanto a la identidad, si el alumbramiento se estableció en el acta de nacimiento, la posesión de estado solo completa el acta, estableciendo así la identidad.

Se puede dar el caso de que el hijo no tenga en su po-

der su acta de nacimiento, por lo que podrá probar su filiación de otra forma, como lo dice el Código Civil.

" A falta de estas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase. " (Art. 341)

Para Mazeaud, la posesión de estado la define como:

" Una reunión suficiente de hechos que indiquen la relación de la filiación y del parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer. " (31)

Los hechos a que se refiere Mazeaud son:

Que el hijo utilice invariablemente el apellido del que pretende ser su padre. (nomen)

Que el padre lo haya tratado como hijo, en su educación, alimentación y techo. (tractus)

Que ese individuo sea reconocido por la familia y por la sociedad como hijo. (fama)

---

(31) Mazeaud, cit. por Ibarrola, Antonio, "Derecho de Familia", Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, -- 1961. p. 383.

Por lo que si nacen hijos de dos personas que han vivido como esposos ante la sociedad y los dos mueren o estuvieron ausentes o imposibilitados para manifestar que se casaron, esos hijos deben ser considerados como de matrimonio, - aún cuando no tengan el acta de matrimonio de sus padres, - si prueban su posesión de estado de hijos o por los demás - medios de prueba legalmente reconocidos, mientras no se contradiga el acta de nacimiento, ésto con respecto al nombre y al trato que tenían sus padres.

Por lo que se refiere a la fama, si una persona se reconoce siempre como hijo de matrimonio por la familia del - esposo y por la sociedad se comprobará la posesión de estado de hijo de matrimonio, si suceden las situaciones siguientes: que el hijo en forma constante use el apellido del que pretende ser su padre y con su permiso.

Que el padre lo trate como hijo legítimo, proporcionándole su subsistencia, educación y establecimiento.

Que el padre tenga la edad requerida por la ley para - contraer matrimonio más la edad del hijo que va a reconocer.

El art. 345 dice que :

" No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él - podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio. "

Por otro lado, quedando demostrada, la filiación materna es posible presumir con mayor facilidad la filiación pa-



terna, teniendo que partir de la admisión de prueba en contrario de la honestidad y fidelidad de su esposa por parte del marido, es decir, que se necesita de el desconocimiento o de la impugnación de la legitimidad por parte de éste, — quedando: prueba de la paternidad legítima, lo que indica el art. 324 del Código Civil.

Ahora bien por lo que se refiere a nuestra legislación Planiol dice que:

" Es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente la cualidad de hijo legítimo a un hijo concebido fuera de matrimonio. " (32)

Esto es, que los hijos que nacen fuera de matrimonio — (naturales) pueden convertirse en legítimos, si son reconocidos por sus padres tomando como base su matrimonio subsecuente, ya sea antes de celebrarlo, en el momento de su celebración o durante él, lo pueden hacer juntos o por separado.

No obstante que el reconocimiento haya sido posterior al matrimonio, los hijos quedan legitimados a partir de celebrado éste, aún cuando esos hijos hayan fallecido, (ya que sus descendientes gozaran de esos derechos como tales) o aún no hayan nacido.

Reconocimiento o Filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio.

Al respecto nuestra legislación establece que :

---

(32) Planiol, cit. por. Muñoz, Luis, "Derecho Civil Mexicano", Tomo I, Parte General, Derecho de Familia, Ediciones Modelo, México, 1971. p. 431.

" La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad ". (Art. 360 del Código Civil)

Como anteriormente se dijo, sólo podrán reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, que es de catorce y dieciseis años, mujer y hombre respectivamente, más la edad del hijo que quieren reconocer.

Siendo menores de edad, será necesario el consentimiento de los que ejercen la patria potestad sobre ellos o de sus tutores, en caso de que haya habido error o engaño, este reconocimiento puede ser anulado por tratarse de menores de edad.

Por otro lado, es posible reconocer a los hijos aún sin hacer o a los que ya muertos tienen descendencia, los padres pueden reconocerlos juntos o por separado; pero si ese reconocimiento perjudica al hijo, el Ministerio Público podrá intervenir, al igual que el otro progenitor o cualquier persona afectada por las obligaciones, como efecto de ese reconocimiento.

El Código Civil indica los modos en que debe reconocerse al hijo, en su artículo 369, de la siguiente manera:

" I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;

II. Por acte especial ante el mismo juez;

III. Por escritura pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa. "

Hemos dicho ya que los padres pueden reconocer a sus hijos por separado; pero de ninguna manera deben revelar al momento del reconocimiento el nombre del otro progenitor, ni dar alguna pista por la que se le pueda encontrar, ya que desde ese momento se tachará de oficio.

Ahora bien, si el juez del registro, el de primera instancia o en su caso el notario, acepten la violación a la ley al respecto, se les castigará en la privación del desempeño de su trabajo con un tiempo de dos a cinco años.

Cuando el hijo por reconocer, sea de una mujer casada, no podrá hacerlo otro hombre que no sea su esposo, a menos que ésta ya lo haya desconocido y exista sentencia ejecutoriada; si se trata de hijos mayores de edad, estos deben dar su consentimiento y si son menores, el de su tutor, pudiendo reclamar a la mayoría de edad, en el término de dos años a partir de su mayoría, si ya sabía de su reconocimiento o desde que se entere si no lo sabía antes.

El hombre que pretenda reconocer a su hijo, cuando ya la mujer lo había cuidado desde su lactancia, le ha dado to

do lo necesario para vivir, además de darle educación, su nombre y lo ha presentado como hijo suyo y el hombre lo quiera reconocer, lo podrá hacer; pero no tendrá derecho a llevarlo con él; la mujer podrá contradecirlo en el término de sesenta días a partir de que se entero, o menos que ella lo entregue por propia voluntad o por sentencia ejecutoriada, además si ella no dió su consentimiento para ese reconocimiento quedará sin efecto alguno teniendo que resolver esa paternidad en juicio.

En los casos en que los padres lo reconozcan conjuntamente, se pondrán de acuerdo quien tendrá la Custodia y sino, el juez de lo familiar con intervención del Ministerio Público lo harán, tomando en consideración lo más conveniente para el menor; pero si el reconocimiento se hace por separado, el primero que lo reconozca ejercerá la Custodia, a menos que acordaran otra cosa oyendo al juez de lo familiar y al Ministerio Público.

Por lo que respecta a la investigación de la paternidad, podemos decir que ésta siempre ha estado prohibida para evitar escándalos en los procesos, porque pone en peligro la tranquilidad de las familias, fue el Código de Napoleón quien reglamento lo siguiente:

" La investigación de la paternidad está prohibida. En caso de repto, cuando la época de éste coincida con el de la concepción, el rector podrá ser declarado padre del niño a petición de una de las partes interesadas. " (33)

---

(33) Muñoz, Luis, op. cit., p.401.

Por lo que la filiación con respecto al padre, sólo podía resultar por reconocimiento voluntario.

En el mismo orden de ideas, el Código Civil en uno de sus preceptos, art. 332, nos expresa que la investigación de la paternidad sólo es permitida en ciertos casos, como lo son, el rapto, el estupro y la violación, si coinciden con el momento de la concepción; cuando el hijo tenga la posesión de estado; si el hijo es concebido cuando la madre vivía maritalmente con el presunto padre y cuando el hijo tenga principio de prueba contra el padre.

Ciertamente en las circunstancias anteriores el hijo puede investigar la paternidad, pero tratándose de la madre no podrá hacerlo si se trata de una mujer casada a menos que haya una sentencia civil o criminal de la cual se deduzca.

Por otro lado, los hijos que ya fueron reconocidos por uno de sus progenitores o por ambos se les deben conceder los siguientes derechos, usar el apellido de sus padres, si ambos lo reconocieron o sólo el de quien lo haya hecho, además de ser alimentados y de recibir herencia.

Hemos hablado ya, que el reconocimiento por parte del padre debe ser voluntario, pero también se mencionó que la propia legislación dice, que puede ser por sentencia que declare esa paternidad, es un reconocimiento forzoso o judicial, la acción que se entabla se llama precisamente " acción de reconocimiento forzoso de la investigación de la paternidad ".

Que es el derecho que tienen los hijos nacidos fuera - de matrimonio contra quienes fueron los causantes de su vida y quienes deben responder de las consecuencias, tanto legales como morales de ese ser que no pidió venir al mundo.

### E. PATRIA POTESTAD.

La expresión de la patria potestad, proviene del latín *patrus*, a, un, lo relativo al padre y *potestas*, se refiere a la potestad.

Después de haber visto lo que era la patria potestad en Roma, podemos afirmar que sólo ahí existió realmente la patria potestad, porque aún cuando en la actualidad sigue llamándosele de la misma forma, no es en verdad potestad alguna, sino que hoy en día es un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que han hecho posible cumplir las primeras.

Recordemos que en Roma, el paterfamilias tenía derecho de vender, arrojar de su casa, de mutilar y hasta de matar a las personas que estaban bajo su potestad, que no solamente se trataba de sus hijos, sino a *todo alieni iuris* que vivía en su domus; tanto, que se llegó a confundir el derecho real sobre las cosas con el poder que tenía sobre esas personas.

Ahora bien, nuestro Código de 1928, no da definición alguna de lo que es la patria potestad, por lo que autores

como Edgardo Peniche dice:

" Se da el nombre de patria potestad al poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza le edad y discernimiento para producirse y administrar sus derechos ". (34)

Por lo que se propone que en los preceptos del ordenamiento civil, se precise alguna definición, dándosele una mayor amplitud al contenido de dicha institución.

En otro orden de ideas, diremos que en base a la definición anterior, la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, además que no estén emancipados.

Por otro lado esta potestad sobre los hijos de matrimonio, es ejercida primeramente por los padres, a falta de ellos por los abuelos paternos o maternos y tomando en consideración al Ministerio Público.

Y en los casos de hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando los padres vivan separados, pero lo han reconocido juntos, ellos mismos decidirán quien ejercerá su Custodia y si no lo hacen lo hará el Juez de lo Familiar oyendo al Ministerio Público.

En el caso en que ese reconocimiento lo hayan hecho sucesivamente, ejercerá la Custodia el primero que lo haya reconocido, a menos que pacten otra cosa y el juez lo creyera conveniente oyendo siempre al Ministerio Público.

---

(34) Peniche, López Edgardo, op. cit. p. 127.

En el título octavo, De la Patria Potestad, Capítulo I del Código Civil, nos habla de los efectos de la patria potestad con respecto de la persona de los hijos, encontrándonos con derechos y obligaciones tanto de los padres como de los hijos, como son:

La obligación de los hijos cualesquiera que sea su edad de honrar y respetar a los padres, y demás ascendientes.

La obligación de los padres y ascendientes, y al mismo tiempo el derecho de los hijos en cuanto a la guarda y educación del menor.

La obligación de los hijos de no abandonar la casa de los que ejercen la patria potestad, sin su permiso o decreto judicial.

La obligación de los que ejercen la patria potestad, de darle una buena educación al menor.

La obligación de los Consejos Locales de Tutela de avisar al Ministerio Público al tener conocimiento que los ascendientes no cumplen con sus obligaciones.

El derecho de los ascendientes de corregir a los hijos y la obligación de ver que tengén buenos ejemplos.

La obligación del que ejerza la patria potestad de dar consentimiento expreso de que el menor comparezca en un juicio.

Debemos hacer notar que el Código Civil, utiliza los términos de Custodia y de Patria Potestad como sinónimos.



El Capítulo II, del mismo Título, habla de los efectos de la Patria Potestad en cuanto a los bienes, en donde observamos de igual manera que existen derechos y obligaciones, que aún cuando no lo dice en forma expresa.

La obligación del que ejerce la patria potestad, de ser representantes legales en cuanto la administración de los bienes.

Por otro lado existe la obligación a cargo del que ejerce la patria potestad de consultar con su consorte de todos los negocios del menor, así como también el derecho de obtener la mitad del usufructo de los bienes del menor, que adquiera por otras causas que no sean su trabajo.

Así mismo, el derecho del que ejerce la patria potestad de renunciar a la mitad del usufructo dandola como donación al menor; pero si lo acepta, trae otras obligaciones inherentes.

La obligación del que ejerce la patria potestad de, no enajenar, ni gravar bienes inmuebles del menor, así como muebles preciosos.

Además de la obligación de no celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años.

La obligación del juez, de tomar las medidas necesarias en los casos que otorgó licencia a los ascendientes que tienen la patria potestad para enajenar un mueble precioso del menor, para que sea benéfico para el hijo.

deberes y se arriesgue la salud o moralidad de los menores.

El que la ejerce expusiera a sus hijos o los abandonara por más de seis meses.

En otro orden de ideas, diremos que la patria potestad es irrenunciable, pero existen dos excusas para no ejercerla; por tener sesenta años cumplidos o por mal estado de sa lud en forma habitual no pueda ejercerla.

#### F. NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE LOS HIJOS.

Como hemos visto, la patria potestad, tiene su origen en la paternidad y en la maternidad, es decir en la relación paterno-filial por lo que debemos entender que la naturaleza jurídica de la patria potestad es un hecho natural, que otorga a los padres la autoridad, derechos de los pa dres sobre los hijos como el cumplimiento de educar y pro teger a éstos, en donde el grupo social que lo rodea se encuentra interesado.

La patria potestad está configurada, por un conjunto de poderes para que los que la ejercen puedan cumplir con sus deberes, por lo que la facultad y la obligación no se encuentran en contraposición, sino que van seguidas una de otra, además que el interés del padre debe coincidir con el del grupo social.

De lo anterior se desprende, que si bien es cierto,

la patria potestad es un cargo de derecho privado, también los que se ejerce en interés público.

Ahora bien, la patria potestad puede ser observada desde dos puntos de vista, que son el interno y el externo.

Desde el punto de vista interno, la propia naturaleza de la patria potestad y el derecho objetivo, otorga esos derechos a los que la ejercen para que puedan cumplir los deberes impuestos por la misma.

Por otro lado desde el punto de vista externo, se refiere a sólo la facultad del sujeto para ejercer la patria potestad, independientemente de todo poder exterior de la familia, siendo un derecho personalísimo.

Los derechos que concede la patria potestad, deben hacerse siempre en favor de los hijos, ya que esos derechos no fueron creados en interés de las personas que los ejercen por lo que al establecer el campo de libertad de los titulares por parte del orden jurídico, se establece también esos derechos descansando en lazos de efecto entre el progenitor y el menor para que éstos últimos, sean educados y protegidos, a diferencia de la tutela que se basa en una relación jurídica más estricta.

Así pues, la patria potestad da derechos a los titulares de la misma sobre los hijos, con carácter irrenunciable, intransferible e imprescriptible, debido a su propia naturaleza jurídica ya que a pesar de que es un derecho privado, su ejercicio es de interés público y basándonos en nuestra legislación que nos dice que sólo se pueden renunciar los -

derechos privados que no afecten directamente el interés público y que no perjudiquen derechos de terceros.

#### G. CONTENIDOS Y EFECTOS DE LOS DERECHOS DE LOS PADRES SOBRE LOS HIJOS.

El contenido de los derechos de los padres sobre sus hijos, puede ser de carácter natural (afectivo), ético y por último social.

El contenido de los derechos de los padres, si hablamos desde el punto de vista natural, no podemos negar que nuestra legislación toma en consideración el sentimiento y afecto de los progenitores con respecto del menor, para que ejerzan su cargo de la manera más eficaz.

Por lo que respecta al contenido de la ética de los derechos de los padres, consiste en que las facultades del padre y la madre, no se acaban en la procreación de los hijos, sino que ahí empieza su responsabilidad moral para la formación de los mismos, tanto física, intelectual y moralmente.

Por otra parte el contenido social de los derechos de padres sobre sus hijos, se denota desde el momento en que los derechos y facultades que se les confieren a los padres, constituyen una potestad de interés público, además otra cuestión que forma el contenido de esos derechos, es lo establecido por el art. 411 del Código Civil, que nos dice que los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a -

sus ascendientes, otra cuestión moral que no debemos olvidar para fincar esa relación de padre a hijo, lo cual no debe ser considerado como un simple efecto de la patria potestad, sino que es el fundamento ético de esa relación.

Efectos de los derechos de los padres sobre los hijos.

Del artículo 413 de nuestro Código Civil, se deduce de su párrafo primero, que la patria potestad tiene como efectos derechos y obligaciones, que se ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos, pero a pesar de que éste Código se ha considerado como uno de los más adelantados de la época, cabe mencionar que del capítulo referente a la institución de patria potestad habría que precisar algunos conceptos y completar otros.

En base a las reflexiones anteriores, deseamos que se adecue la ley a la realidad social que vivimos; señalando como error en nuestra legislación, como en muchas otras, el hecho de legislar más que nada el tema en su aspecto patrimonial, que el aspecto personal, como en cuestiones de educación, moral y desenvolvimiento intelectual de los menores.

Efectos sobre la persona y bienes del menor.

Como ya se ha mencionado, la patria potestad otorga a los que la ejercen un conjunto de derechos y deberes, que son precisamente los efectos de la misma, y que son la guarda y protección de los menores, así como representarlos legalmente, puesto que por su minoría de edad, se encuentran incapacitados, así como la administración de sus bienes.

Con respecto a la guarda, como efecto de la patria potestad se refiere el cuidado y protección por parte de los que la ejercen sobre la persona del hijo, como ya dijimos - esta relación surge de un hecho natural, pero debe regularse por la ley para evitar hasta donde sea posible, causarle el menor daño al hijo, evitandando así lo que antes fue una tiranía, en donde el padre tenía sobre sus descendientes todos los derechos, y de ese menere obtenía beneficios sólo para él.

En cuanto a la representación legal, del análisis de los artículos 424, 425 y 427 del Código Civil, se deduce que la representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y los bienes del menor.

Parece evidente que aquél que desempeña esa función -- protectora, y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, debe tener la representación del menor y de esta manera sustituirlo debido a su incapacidad en la celebración del acto. Ya que éste no puede comparecer en juicio, ni contraer obligaciones sin consentimiento de sus ascendientes, que ejercen la patria potestad sobre él.

Por otra parte las facultades de representación legal del menor, correspondientes a los que ejercen la patria potestad, tienen ciertas limitaciones como ya lo hemos mencionado en páginas anteriores.

Sin embargo, la facultad de administración de los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal, según los artículos 429 y 430 del Código Civil, la administración y el usufructo de los bienes del menor que ha adquirido por su trabajo, corresponden a éste, pero en cuanto a los bienes que ha adquirido por causas diferentes a su trabajo sólo obtendrá la mitad del usufructo.

Para Galindo Garfias, el derecho a recibir la mitad del usufructo de los bienes del menor, es como una compensación a los ascendientes por su trabajo de administrar esos bienes y Josserand, dice que sigue siendo una tradición del derecho romano en cuanto a los peculios.

Consideramos que es necesario que nuestra ley sobre el tema de patria potestad, haga una reglamentación más amplia y específica de los derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos como se hace en otras legislaciones como es el caso de la legislación cubana, que el art. 85 del Código de Familia de ese país, dice:

La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres:

I. Tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse por que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada, cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarles los medios recreativos propios de su edad, que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autori

dades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación o desarrollo.

II. Atender la educación de sus hijos; inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica científica y natural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades administrativas en los planes y actividades personales.

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

IV. Administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia, velar por que sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar, ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;

V. Representar a sus hijos en todos los actos y nego-



cios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad para aquellos en los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones en que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

La legislación mencionada ha tenido presente -- sobre todo -- el interés del menor, para proteger y asegurar su bienestar al establecer estos preceptos.

### CAPITULO III

#### CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

##### A. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA PATRIA POTESTAD.

Consideramos, que primero debemos conocer lo que significa la Custodia.

Ahora bien, la palabra Custodia, "proviene del latín -- custos, que significa, guarda o guardian y esta a su vez se deriva de curtos, forma del verbo curare, que quiere decir, cuidar; es por lo tanto la acción y efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa. " (35)

No obstante, debemos entender la palabra Custodia, según nuestros intereses y trasladándola al derecho de familia, como la acción y efecto de Custodiar, guardar con cuidado alguna cosa o persona.

Aún cuando en nuestro derecho mexicano, es muy poco usual dicho vocablo, lo encontramos en el art. 423 que dice, que los que tengan la patria potestad o hijos bajo su custodia, tienen el derecho de corregirlos y la obligación de dar buen ejemplo.

Así mismo, el art. 283 del Código Civil menciona a la custodia, diciendo que el juez tiene todas las facultades para fijar la custodia y el cuidado de los hijos.

---

( 35 ) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C - CH - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, - S.A. México, 1935. p. 383.

Existen otras disposiciones legales, que aún cuando no mencionan la palabra custodia, su sentido es ese, como es el caso de el art. 500 de nuestro Código Civil, que nos dice que, la tutela tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, entre otras cosas.

El concepto de Custodia, como tema de esta tesis, "es la de los menores" con finalidades propias dentro del derecho de familia que atienden a determinados intereses fundamentales, principalmente del menor, de la familia, del orden social y público,

Colín y Capitán al referirse al tema expresaba lo siguiente :

" Es el derecho de los padres sobre la persona del hijo, y comprende primero el derecho de guarda y de dirección por una parte, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial -- el derecho de corrección --. El derecho de guarda supone como consecuencia la dirección (educación) -- del hijo; el derecho o el deber de vigilar sus relaciones, de prohibir todo aquello que los padres consideren desventajoso para el desarrollo físico y moral de los menores, de velar por su instrucción, de observar su correspondencia, y por parte del hijo, es la obligación de no abandonar la casa paterna sin permiso de los padres, para que estos puedan responsabilizarse de la dirección, la que es inherente a la custodia, ya que es necesaria la obediencia del menor hacia ellos. " (36)

---

(36) Abocheurd Nabrice, Chibli, "El juicio sobre el Derecho de Guarda", Revista del Colegio de Abogados del D.F., No. 112, (1960), p.21.

Al otorgar el derecho de guarda, es decir de custodia, se otorga sólo la dirección y el cuidado de los hijos; pero no se refiere a la administración de sus bienes ni a la representación del menor.

En el mismo orden de ideas, Mazeud nos dice :

" La patria potestad comprende: de una parte, derechos sobre la persona: el derecho de custodia y de dirección, y el llamado derecho de corrección paterna; por otra parte un derecho sobre los bienes: el derecho de goce legal. " (37)

El derecho de guarda y de dirección es una función conferida a los padres en intereses del hijo para mantenerlo, educarlo e instruirlo; por lo que ese derecho lleva consigo, el derecho de corrección, medio por el cual los padres obligan a sus hijos a la obediencia, hasta llegar a los castigos corporales, sin abusar de este derecho, puesto que está sancionado por nuestra propia ley.

Características de la custodia.

La custodia constituye dentro de la estructura social, una de las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia.

La guarda de un menor implica, el deber de dirigirlo, de proveer su alimentación, tenerlo en su compañía y proporcionarle cuidados, educación e instrucción por lo que, quienes tienen a un menor su finalidad debe ser de guiarlo y protegerlo.

---

(37) Mazeud, Henri León y Mazeud, Jean, "Lecciones de Derecho Civil", Traducción de Alcalá, Zamora y Castillo, Luis, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires 1969. Primera Parte, Vol. IV. p. 83.

Las características son:

- 1.- Protección y Cuidado del Menor.
- 2.- Crianza del Menor.
- 3.- Educación para el Menor.
- 4.- Vigilancia al Menor.

Por lo que respecta a la protección y cuidado del menor, diremos que es necesario que se le empare, defienda y atienda, puesto que él mismo debido a su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valerse por sí mismo; por lo que, quienes tienen la custodia sobre ellos son los responsables de conservar su integridad física, intelectual o moral, a través de los instrumentos jurídicos y sociales que se les deben proporcionar para llevar a cabo su objetivo.

La protección y cuidado del menor, es una de las cuestiones más difíciles a las que nos enfrentamos día a día; para lo cual se necesita gran conciencia y responsabilidad, para entender lo que ésto significa; ya que está de por medio el futuro del niño, y es básica la atención y cuidado que recibe en esta etapa de su vida, ya que en ella radica su porvenir y por lo tanto, el papel que tendrá dentro de la sociedad.

Por lo que debemos considerar como factor determinante la manera de llevar a cabo esta función, por parte de quienes tienen la custodia de un menor.

La crianza, palabra que deriva del latín *creare*, que -  
significa instruir, educar, enseñar y dirigir.

Esta característica de la custodia al igual que la anterior, estén íntimamente relacionadas con la educación, -- por lo que criar a un menor significa ayudarlo a su crecimiento, alimentarlo, educarlo y formando en él una mentalidad saludable para que en el futuro cuente con los medios - que le permitan desarrollar sus facultades plenamente.

La crianza así como la educación y el cuidado, son las bases en que la familia u otra organización social deben -- brindar al infante para que este pueda adecuar su conducta adaptándose a las normas sociales y jurídicas de su época.

La educación del menor, en primer término, debemos entender por educación la acción y efecto de educar, enseñar, adoctrinar.

La educación es un proceso selectivo, que proviene de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

El conjunto de conocimientos y formas de comportarse, - que el individuo selecciona y aprende a través de sus experiencias, como la selección ética, intelectual, estética, - técnica etc. se efectúa por el propio individuo por medio - del intelecto, ayudado, orientado o dirigido por la sociedad; a través de su institución básica, la familia, o por - la acción de otros organismos sociales como las institucio-

nes de enseñanza, las sociedades recreativas y culturales, - organizaciones políticas y laborales etc.

Mientras que la familia dirige la educación del individuo, especialmente en las cuestiones éticas, la escuela - se encargó de proporcionarle una preparación intelectual, - que lo capacite para seguir otros estudios superiores.

Por consiguiente, diremos que la educación consiste en lograr desenvolver al educando en forma armónica e integral sus actitudes físicas, intelectuales y morales.

Así mismo, Mazesud nos dice, que los papés tienen una obligación que es la de hacer que instruyan a sus hijos y - además que tienen el derecho y deber de educarlos y que tanto la instrucción como la educación se encuentren íntimamente ligadas, por lo que la persona encargada de la instrucción del hijo es muy importante.

Nuestra legislación destaca esta característica de la custodia de la siguiente manera en su art. 422 :

" A las personas que tienen el hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. -

Quando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponde. "

Ne obstante el precepto anterior, nos encontremos con una cantidad de casos en el Distrito Federal, en que los padres descuidan la educación de sus hijos, cuestión que está

a la vista de todos, los Consejos locales no cumplen con su obligación de vigilancia e información en los términos del art. 632 del Código Civil, cuestión que criticamos por no llevar a cabo la labor mínima de vigilancia de esos padres para que den debido cumplimiento a su obligación de educar a sus hijos en sus aspectos moral, intelectual y físico, como lo señala el art. 422 del ordenamiento legal citado.

Así mismo cabe mencionar, que nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, al referirse a la educación de los menores lo hace en forma vaga e incierta, aspecto tan delicado que es indiferente el legislador.

Otro de los preceptos del Código Civil como lo es el art. 413, nos da entender que, el ejercicio de la patria potestad se encuentre sujeto a la guarda y educación de los hijos, sin agregar más al respecto; además dice que está sujeto a las modalidades de la ley de previsión social de la delincuencia infantil del Distrito Federal.

De lo anteriormente expresado concluimos que son dos los organismos que controlen el ámbito familiar en cuestiones relativas a la custodia de menores de edad: El Ministerio Público y el Consejo Local de Tutela art. 422 del Código Civil y además de conformidad con las resoluciones dictadas de acuerdo con la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal.

La Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil, según sus considerandos, tuvo tendencia a prevenir la-



delincuencia infantil, otro de los objetivos, es el de corregir a tiempo las perturbaciones físicas y mentales de los menores, evitando así su perversión moral; consideraba así mismo el legislador de aquella época, que los menores podían ser delincuentes por lo que atendió principalmente sobre ese aspecto sin preocuparse de la guarda en sí.

En efecto, diremos que con base en el espíritu de esta ley para los efectos de guarda fué negativa, ya que no señaló las normas para la educación y custodia de los menores, diciendo solo: en cuanto a la guarda y educación se estará a las modalidades que por medio de resolución dictaría el poder público, ignorándose hasta la fecha, de que tipos de resoluciones se trataría, de que manera se iban a dar a conocer dichas resoluciones a las encargadas de la patria potestad y por último se olvidó de precisar el órgano encargado de dictarlas.

Por lo que toca a la ley orgánica y norma de procedimiento de los tribunales de los menores, ley que fué promulgada el 26 de junio de 1941, que sustituyó a la ley de Previsión Social de la delincuencia Infantil, concluimos que tampoco trató acertadamente la guarda y educación de los menores al igual que la ley que crea los consejos tutelares.

#### Vigilancia del menor.

Ultima de las características de la custodia, es importante, velar por el menor, ya que depende de las medidas que se adopten para ello, su formación.

Si el menor forma parte de una familia, son los padres quienes deben asumir esta tarea, ya que se tiene un trato amplio y directo, atendiendo cuidadosamente a la persona de el menor, tratando a las amistades que lo frecuentan, enterándose de la instrucción que reciben y en general de todos los actos que ellos realicen.

A falta de los padres, corresponderá a los abuelos dicha obligación, ya que nuestro tema a tratar es la Custodia como efecto de la patria potestad; no obstante cabe mencionar que cuando esos menores se encuentran fuera de la patria potestad, la tarea de vigilarlos corresponderá a la institución o persona que lo tenga a su cargo.

En los casos de disolución de matrimonio o por fallecimiento de uno de los cónyuges, el subsistente seguirá ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, por consiguiente corresponderá a éste la custodia con todas sus características.

En los casos de divorcio y separación de cuerpos la patria potestad podrá seguir en manos de ambos cónyuges; pero por lo que respecta a la Custodia sólo uno podrá ejercerla, por lo general el cónyuge culpable es el que pierde ese derecho, a menos que el tribunal resuelva lo contrario. (38)

Cabe mencionar que en algunos casos la patria potestad sólo es de hecho; como puede ser el caso :

---

(38) Infra. p. 87.

De que el padre, no ha reconocido legalmente al hijo sin embargo desarrolló, de hecho todas las funciones de la patria potestad incluyendo a la Custodia.

Y aún más, en los casos en que un menor es abandonado por su padre biológico otro viene a sustituirlo ejerciendo materialmente las funciones de la patria potestad, produciendo en todos estos casos efectos jurídicos.

Al respecto el profesor Pelosi, hace una distinción de ambos lados, el interno y el externo de la patria potestad:

" En el primero al faltar una investidura legal del oficio, el ejerciente de hecho de patria potestad no está provisto de los poderes inherentes al aspecto - interno del instituto, y así no podría concretamente ejercitar acciones civiles para obtener la restitución del menor de quien lo haya sustraído y formular querrela apoyado en el Código Penal. En el lado - externo - Pelosi extiende que el ejerciente de hecho carece del deber de sustraer al menor y del polo correlativo de representarlo, salvo en el caso de que fueran aplicables los efectos atribuidos a la gestión ajeno sin mandato ". (39)

#### B. REGLAS GENERALES EN NUESTRO DERECHO POSITIVO MEXICANO RELATIVAS A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

El art. 414 del título octavo, capítulo I del Código

---

(39) Castan, Vázquez José María, " Revista de Derecho-Privado ", La llamada Patria Potestad de Hecho, Octubre de 1978. Madrid, España. p. 841.

Civil, nos indica que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por:

Los padres.

Los abuelos paternos.

Los abuelos maternos.

Así mismo, otro de los preceptos legales del mismo ordenamiento el art. 413, expresa de alguna manera, que el orden de quienes ejercerán la patria potestad, será determinado por el juez de lo familiar según las circunstancias.

Por lo tanto, la custodia como un efecto de la patria potestad es ejercida en los casos de hijos de matrimonio -- por las personas señaladas en el art. 414 del Código Civil.

Como hemos visto, la patria potestad es ejercida indistintamente por ambos progenitores, en primer término; pero nuestra ley no indica la división de poderes y facultades -- que deben ejercer en forma separada, sino que sólo dice que deben ser cumplidas conjuntamente por el padre y la madre, -- valiendo siempre por la guarda y educación del hijo.

Por lo que debe interpretarse, que en todo deberán actuar de acuerdo, no sólo en lo que respecta a la administración de los bienes, sino también en lo referente a su custodia: cuidado, dirección, crianza y vigilancia del menor.

Sin embargo, cuando hay discrepancia en sus ideas, -- cuando éstas se refieren al menor, el juez de lo familiar -- deberá intervenir para dirimir esas controversias.

Por otro lado, la situación de la custodia de los men-

res de edad en los casos de divorcio, es diferente puesto que a pesar de que ambos padres pueden tener el ejercicio de la patria potestad, la custodia es ejercida por uno de ellos o por otra persona, que bien podrían ser los abuelos paternos o maternos y aún más por una tercera persona.

El art. 272, establece el divorcio voluntario administrativo, diciendo que los cónyuges que convienen en divorciarse y se les comprueba que tienen hijos menores o no han disuelto su sociedad conyugal, o son menores de edad, no podrán divorciarse por medio de este tipo de divorcio. Puesto que este divorcio es de tipo indiscutiblemente administrativo.

Por lo que tendrán que recurrir a otra clase de divorcio también voluntario, sólo que esta clase de divorcio llamado doctrinalmente divorcio judicial, en donde los cónyuges deben hacer un convenio en el que deben establecer independientemente de las cuestiones conyugales, las cuestiones referentes a los hijos menores de edad.

De la lectura del art. 273 del Código Civil, se desprende que en el convenio se designa la custodia de los hijos desde el momento en que se solicita el divorcio ante el juez, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Además, su fracción II se refiere al modo de solventar las necesidades de los menores, recordemos que una de las características de la custodia es la crianza del menor y dentro de ella se encuentra la obligación de los padres

o en general de los que ejerzan la custodia, de **alimentar** los, de educarlos y **formarlos** para que de ésta manera se les ayude en su crecimiento.

Por otro lado es necesario establecer lo que debemos entender por proporcionar alimentos y es precisamente en el art. 308 del Código Civil, quien nos indica en que consiste, diciendonos que no sólo comprende la comida sino también el vestido, la habitación y la asistencia en caso de **enfermedad**, en el caso de mercores también comprende los gastos necesarios para su educación primaria y proporcionarle **algún** arte, oficio o profesión honestos, según las circunstancias de sexo y personales.

Así mismo, el art. 282, específicamente la **fracción VI** establece :

" Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si **hubiere** urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo **mientras** dure el juicio, las disposiciones siguientes :

**VI**. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el conyuge que pide el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder **deben** quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la **madre**. "

El artículo anterior se adicionó por decreto del 27 de diciembre de 1983, agregándose el último párrafo de la fracción VI que dice:

" Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. " (53)

Decreto que entró en vigor a los 90 días después de su publicación en el Diario Oficial De la Federación, art. 10. de los transitorios.

Esta reforma es acertada ya que el legislador tomando en cuenta la naturaleza de la madre consideró que es más benéfico que los menores de esa edad permanezcan con ella.

Por otro lado, el art. 283 del mismo precepto, también fue modificado por el decreto del 27 de diciembre de 1983, - antes de su reforma dicho artículo establecía la determinación sobre la patria potestad de los hijos menores en caso de divorcio necesario, mediante tres reglas :

1.- Si la causal de divorcio comprendía las fracciones I, II, III, IV, V, VII, XIV y XV del art. 267. del Código Civil, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, si los dos eran culpables la patria potestad la ejercía uno de los ascendientes al cual le correspondía, y si no se le nombrea un tutor.

2.- Cuando la causal de divorcio estaba comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del art. 267, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente,

---

(53) Decreto del 27 de Diciembre de 1983, Diario Oficial de la Federación.

pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable la recuperaba. Si los dos cónyuges eran culpables se les suspendía en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recuperándose el otro al morir éste.

Mientras tanto, los hijos quedaban bajo la patria potestad del ascendiente que le correspondía, y si no había quien, se le nombraba un tutor.

3.- En el caso de la fracción VI y VII del art. -- 257 del Código Civil, los hijos quedaban bajo el poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo, conservaba los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Al ser modificado este precepto, por decreto del 27 de diciembre, quedó de la siguiente manera:

" La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso y en especial a la custodia y cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor. " (40)

De lo anteriormente expresado, podemos concluir que la situación de los hijos en cuanto a la pérdida y suspensión de los derechos que se derivan de la patria potestad, como la

---

(40) Decreto del 27 de Diciembre de 1983. Diario Oficial de la Nación, que modificó el art. 233 del Código Civil.



Custodia, estaba sujeta a las causales de divorcio del art. 267; después de su reforma, se le confiere al juez amplias facultades para determinar lo relativo a la pérdida, suspensión y limitaciones de la patria potestad y de la custodia y cuidado de los hijos, vigilando siempre sus intereses, -- considerando las circunstancias de cada caso en particular.

Las reglas relativas a la determinación de la custodia en los casos de nulidad de matrimonio, estén sujetas a lo que dice el art. 259 del Código Civil, que de su contenido, se aprecia que, son los padres quienes propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los menores, siempre y cuando el juez lo crea conveniente.

El artículo mencionado anteriormente, fué el resultado de la modificación que se hizo de él, por decreto del 31 de Diciembre de 1974, ya que antes decía :

" Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de cinco años quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe. " (41)

Lo mismo sucedió con el art. 260 que antes expresaba - que, si sólo uno de los cónyuges, había actuado de buena fe, él tendría a sus hijos bajo su cuidado, pero si se trataba de hijos e hijas menores de cinco años, la madre era la única que debía cuidarlos a menos que se dedicara a la prostitución, tuviera el hábito de embriagarse o tuviera enfermedad contagiosa.

---

(41) Decreto del 31 de Diciembre de 1974. Diario Oficial de la Nación, que modificó el art. 259 y 260 del Código Civil.

Estas reformas provocaron, que la determinación de la custodia de los menores de edad se dejará al arbitrio del juez.

Quando se trata de un órfano; recién nacido que es abandonado en lugar público, por lo que se desconoce su nombre y a sus padres, la custodia deberá ser ejercida por las instituciones que tienen como finalidad precisamente el cuidado del menor; estas instituciones pueden ser de beneficencia pública o privada.

Al referirnos a los menores dados en adopción, la custodia debe ser ejercida sólo por las personas que lo hayan adoptado; puesto que el art. 403 del Código Civil dice que, la patria potestad se transfiere al adoptante, y de igual manera el art. 419. expresa que en los casos de hijos adoptivos, la patria potestad sólo será ejercida por los que lo adopten, pues sabemos que en los casos en que es un matrimonio ambos deberán ejercerla.

#### C. SITUACION ESPECIAL RELATIVA A HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Ya hemos mencionado, que una de las finalidades de la ley, es la de proteger y cuidar a los hijos, por lo que la patria potestad, no es una institución que depende siempre de la existencia de un matrimonio; sino simplemente de una relación paternofilial, de la procreación, imponiendo a los

padres la obligación de criarlos y educarlos de la mejor manera posible.

Al respecto, nuestra legislación en su artículo 415 dice a la letra:

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

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 390 y 391 ".

Del precepto anterior, se deduce que cuando los padres reconocen al hijo, viviendo juntos, a los dos les corresponde ejercer la patria potestad, y aún cuando no lo dice, debemos entender que también ejercerán conjuntamente la Custodia.

Así mismo, el art. 417 en su contenido nos dice, si se separan los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio, uno de ellos seguirá ejerciendo la patria potestad, según se pongan de acuerdo y si no lo hacen el juez designará quien de ellos la ejercerá.

Por lo que los artículos 415 y 417, del Código Civil, se refieren a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando los padres vivían juntos al momento de reconocer al hijo, lo mismo que la fracción III del art. 392, que se refiere a los casos en que la madre habite bajo el mismo techo del pretendido padre, viviendo maritalmente.

De modo que si el hijo, es reconocido por los convivientes, que posteriormente se separan, estos deben ponerse

de acuerdo, acerca de cual de ellos seguirá ejerciendo la custodia, y a falta de éste resolverá el juez.

De la misma manera, del último párrafo del art. 415 del Código Civil, habla de los casos en que los padres viven separados y nos remite a los art. 380 y 381 del mismo precepto :

" Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia y en caso de que no lo hicieren, 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."

" En caso de que el reconocimiento se efectue 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. "

Los artículos anteriores como hemos dicho, tratan de los casos en que los padres viven separados, el primero se refiere a los padres que reconocen a los hijos al mismo tiempo, y deben ponerse de acuerdo en cuanto a la custodia de los menores; en el segundo artículo también habla de los padres separados, sólo que el reconocimiento fue hecho simultáneamente y en este caso tendrá la custodia el primero-

que lo haya reconocido.

Debe hacer notar, que tanto el art. 380 como el art. 381, utilizan el término Custodia; pero realmente no sabemos cual fue la verdadera intención del legislador al utilizar dicho término.

Para apreciar que los artículos 380 y 381, se refieren a la patria potestad, basta analizar los artículos 415 y 416, recordemos que el art. 415 dentro de su primer párrafo dice que ejercerán ambos la patria potestad, y el párrafo segundo agrega, " que si viven separados se observará lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

Así que, como el párrafo primero se refiere a la patria potestad, podría inferirse que el segundo también se refiere a la patria potestad.

El art. 416 es más explícito, pues dice que los casos que prevén los artículos 380 y 381, cuando por cualquier razón alguno de los padres deja de ejercer la patria potestad, la ejercerá el otro.

Con esto quedará claro, que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio quedan de pleno derecho facultados para ejercer sobre él la patria potestad.

Anteriormente, los artículos 380 y 381 utilizaban el término de patria potestad, sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando los padres vivían separados.

El legislador reformó ambos artículos por Decreto del 24 de marzo de 1971, publicado en el Diario Oficial de la

Federación, cambiando el término de patria potestad por Custodia.

Sin lugar a duda, el legislador modificó dichos artículos para darle mayor importancia a la Custodia, de los hijos fuera de matrimonio, puesto que el art. 416 se refería sólo a la patria potestad.

No obstante, al tratar nuestra legislación el término de Custodia, no señala en que consiste; pero nosotros ya sabemos que se refiere al cuidado, protección, vigilancia y educación de los menores.

En el mismo orden de ideas, expresemos que nuestra legislación trata superficialmente el aspecto de custodia de los hijos en las tres situaciones ya mencionadas:

La primera, cuando los padres viven juntos y reconocen el hijo en un mismo acto, ellos mismos decidirán quien ejercerá la custodia; en la segunda situación, cuando los padres no viven juntos y el reconocimiento fue sucesivo, ejercerá la custodia, el primero que lo haya reconocido; y en la última, cuando los progenitores que viven juntos se separan, ellos mismos se pondrán de acuerdo, quien seguirá ejerciendo la custodia.

Hasta este momento, debemos considerar que no hay problema para determinar el ejercicio de la custodia, sino que el problema se suscita cuando los padres no llegan a un acuerdo, y es la autoridad quien debe decidir al respecto, pero siempre velando por los intereses de los menores.

Auesto que en nuestra legislación, se le otorgan amplias facultades a los tribunales para decidir quien de los padres ejercerá la custodia sobre los hijos, tomando en consideración los intereses del menor, como ya dijimos, y no en ningún momento los intereses personales de los padres, que en variadas ocasiones solo por egoísmo, se empeñan en conservar la Custodia de sus hijos, sin pensar que tal vez no son aptos para ello, ya sea emocional, económica o moralmente.

Consideramos que este grave problema debe ser profundamente analizado por las autoridades competentes ya que en varias ocasiones consideran el aspecto patrimonial como más importante para la designación de la Custodia, sin hacer un estudio real de las relaciones de los padres con sus hijos.

Questión que les serviría de punto de partida para reflexionar y posteriormente determinar en sus resoluciones, para que éstas sean más justas y benéficas para los niños.

Hemos considerado oportuno citar la siguiente reflexión al respecto de los hijos naturales en España a los cuales no se les atribuye la patria potestad, siendo el proyecto del Código Civil de 1851 el que:

" Inovando en esta materia, como en otras, extendió a los padres naturales, en el artículo 170, la patria potestad sobre los hijos reconocidos; la ley solamente les priva del usufructo de sus bienes y de su administración si

no afianzaban la gestión. En el proyecto obra principalmente de Don Florencio García Goyena subsistía con más razón que en el derecho anterior la facultad del padre o madre del hijo natural reconocido de nombrar tutor para éste en testamento; el nombramiento, al tenor del artículo 269, subsistiría después de la muerte del padre que lo otorgó aunque posteriormente fuera el hijo reconocido por el otro. (42)

Por lo que se les dió los mismos efectos que a los hijos legítimos en lo que respecta a la persona, ya que tratándose de bienes tenían ciertas diferencias.

Estimamos que esta modificación a la ley fue correcta, ya que además del problema tan grande que provoca a los niños en el aspecto especialmente psicológico, se hacía más grande al negarles que sobre ellos se pudiera ejercer la patria potestad; puesto que en ella se comprenden consecuencias tan importantes como la custodia que en sí, es el cuidado, vigilancia y educación de los menores.

---

(42) Castán, Vázquez José María, " Revista del Instituto de Derecho Comparado ", La patria potestad sobre los hijos naturales en la legislación española. Barcelona España, Enero-Diciembre, 1966. No. 26-27. p. 199.



## CAPITULO IV

### DETERMINACION DE LA CUSTODIA DE MENORES, DE PADRES SEPARADOS.

#### A. DETERMINACION Y ASIGNACION DE CUSTODIA DE MENORES DE EDAD.

La forma de determinar y asignar la custodia de menores, está implícita en diversos artículos del Código Civil, sólo que de una manera insuficiente para obtener los datos precisos y claros sobre la forma de como debe hacerse esa determinación y al mismo tiempo fijar las obligaciones que le corresponden a los sujetos encargados de la custodia.

De igual manera nos percatamos de que los artículos referentes a la determinación de la custodia, se encuentran diversificados en varios títulos del Código Civil como lo son:

El título V Del matrimonio, en su Capítulo X Del divorcio, expresamente en los artículos 272, 273 en sus fracciones I, II, y el artículo 275, así como el artículo 282, 283, 284, 285 y 287.

En base al tema al cual nos referimos, sobre la determinación de la custodia de menores, de padres separados, em pensaremos por mencionar los casos en que los padres convienen en divorciarse teniendo hijos menores, debiendo acudir-

con el juez competente de acuerdo con lo dispuesto al Código de Procedimientos Civiles, el cual nos referiremos posteriormente; es precisamente el último párrafo del artículo 272 quien nos indica lo anteriormente expresado.

El artículo 273 del ordenamiento Civil, nos dice que los cónyuges que se encuentren en los casos del último párrafo del artículo 272, deben hacer un convenio debiendo presentarlo al juzgado correspondiente, indicando los acuerdos tomados por los cónyuges respecto a su situación como tales y lo referente a sus hijos; las fracciones que nos interesan son la I, la cual indica que deben designar a la persona que se va a hacer cargo de la custodia de los menores durante y después del procedimiento, y la fracción II, que dice que deben indicar el modo de solventar las necesidades de los hijos, durante y después del procedimiento de divorcio voluntario.

Así mismo, el artículo 275, expresa que el juez debe dictar las medidas suficientes para asegurar a los menores en cuanto a su subsistencia, en tanto se declare el divorcio.

Por otro lado el artículo 282 dispone que desde el momento que se admite la demanda de divorcio, o antes si es necesario deben dictarse provisionalmente, en tanto se declare el divorcio, ciertas medidas como la que indica la fracción III de señalar y asegurar los alimentos que deben pro-

porcionarsele a los hijos por el acreedor alimentista, así como lo indica la fracción VI, de determinar la custodia de los menores, asignándola a la persona que ambos hayan convenido, puede ser uno de los progenitores, si no hubieren llegado a ese acuerdo, el cónyuge que demandó el divorcio podrá designar a quien crea conveniente, resolviendo el juez lo conducente, el último párrafo de este artículo, expresa una situación clara y precisa para la determinación de la custodia expresando lo siguiente:

" Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre ".

El artículo 283 es de gran importancia para el tema, ya que expresa que precisamente en la sentencia de divorcio se establece la situación de los hijos, teniendo el juez amplias facultades para decidir sobre los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, teniendo la facultad de limitarla, suspenderla o aún más declarar su pérdida, refiriéndose de manera especial a la custodia y cuidado de los menores, que para otorgarla, el juez necesita todos los elementos para decidir.

El artículo 284 de que aún cuando el juez tiene las más amplias facultades para resolver sobre la patria potestad, sus cuestiones relativas y la tutela de los hijos, debe escuchar la petición de los abuelos, tíos o hermanos an-

También en el Título Séptimo De la Paternidad y Filiación, en su Capítulo IV Del Reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, directamente en el artículo 378, del Código Civil, se refiere a los casos en que los padres no están presentes y otra persona, una mujer, ha tenido la custodia de un menor, al cual le ha dado su nombre y lo presenta como hijo suyo, dándole subsistencia y educación, y un hombre pretende reconocerlo para que le entreguen su custodia, la mujer puede contradecir ese reconocimiento, evitando así que se lo quiten de su lado, a menos que ella lo consintiera o por sentencia del juez así lo declare.

Por otro lado el artículo 380 del mismo ordenamiento hace alusión de los casos en que los padres que no cohabitan, reconocen a su hijo al mismo tiempo y ellos tendrán que decidir quien tendrá la Custodia y si no se pusieran de acuerdo, el juez será el que decida la situación escuchando los razonamientos de los progenitores y sobre todo al Ministerio Público, velando siempre por el menor.

De igual forma el artículo 381, habla de los casos en que los padres no viven juntos, y reconocen al hijo en forma separada, entonces ejercerá la custodia el primero que lo haya reconocido, salvo convenio entre las partes siempre y cuando el juez lo crea necesario y oyendo al Ministerio Público.

Ahora bien, el Título Octavo De la Patria Potestad en-

su Capítulo I, De los efectos de la Patria Potestad, respecto de la persona de los hijos, no habla de quienes tienen la custodia, como es el caso del artículo 412, que sólo menciona, que siendo los hijos menores de dieciocho años, siempre y cuando no estén emancipados, estarán bajo la patria potestad de sus ascendientes.

El artículo 414, expresa que son en primer término los padres quienes deben ejercer la patria potestad y por ende la custodia sobre sus hijos, después los abuelos paternos o maternos, en el orden que determinen el juez de lo familiar considerando todas las circunstancias del caso y en beneficio de los menores, artículo 418, esto en los casos de hijos de matrimonio.

En otro precepto del citado Código, el artículo 413, expresa que el ejercicio de la patria potestad en cuanto a la guarda y educación de los hijos menores, se encuentra sujeto a las resoluciones del juez en concordancia con la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil.

Por lo que se refiere a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 415, dice que si los padres no están casados, pero viven juntos y reconocen a su hijo, los dos ejercerán la patria potestad, tratándose de entender también que se refieren a la custodia.

Así mismo, habla de los casos en que los progenitores no estén unidos en matrimonio y viven separados, remitiendo

nos a los artículos 380 y 381 que acabamos de analizar. Y el artículo 416, que en estos casos cuando uno de los padres deja de ejercer la patria potestad la ejercerá el otro.

De igual manera el artículo 417, nos dice que, en los casos en que los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio vivan juntos y después se separen, ellos deberán determinar y designar quien ejercerá la patria potestad y al mismo tiempo la custodia, y si no lo hicieren el juez resolverá lo conducente.

Por último el artículo 420, menciona que sólo a falta o impedimento de los que primero tienen el derecho de ejercer la patria potestad, entrarán a ejercerla los demás ascendientes, en el orden indicado en este precepto, según las circunstancias del caso en particular, el juez lo decidirá según lo dispuesto por el artículo 418 del Código Civil. Si sólo hubiera uno de los dos que deban ejercerla lo hará el que quede.

Hasta ahora hemos hablado de los casos en que los padres viven separados y es uno de ellos o de los ascendientes (abuelos paternos y maternos) quienes por disposición de la ley deben ejercer la patria potestad y todas sus obligaciones inherentes como lo es la Custodia.

Pero existen otros casos en que aún cuando los progenitores estén presentes, es necesaria la custodia de otras personas, diversas a las ya mencionadas, a efecto de suplir

ya sea temporal o en forma definitiva a los que preferentemente tienen ese derecho y estamos hablando de la Tutela, que también como hemos expresado en páginas anteriores, su objeto es la Guarda de la Persona y bienes del menor, de los que no están sujetos a la patria potestad y que están incapacitados natural o legalmente o sólo legalmente como es el caso de los menores, y por ello no son capaces de actuar por sí mismos, además como lo expresa el último párrafo del artículo 449, la tutela puede tener por objeto, la representación interna del incapaz.

Recordemos que la patria potestad, puede suspenderse o perderse, según lo amerite el caso; se suspende: por incapacidad declarada por el juez, por ausencia declarada, o por sentencia condenatoria; y puede perderse en los casos que: la persona sea condenada a ello, cuando ha cometido dos o más delitos graves; en los casos de divorcio o por costumbres depravadas de los padres, malos tratos o incumplimiento de deberes, en los casos que se exponga la salud, moralidad o seguridad de los menores.

Por lo tanto, es posible nombrar un tutor a los menores de padres separados, en tanto se resuelve en forma definitiva su situación, ese tutor puede tener bajo su custodia hasta tres incapaces, si son hermanos.

Al respecto, ninguna tutela debe darse sin que lo determine el juez, en los términos previstos en el Código de Procedimientos Civiles, y mientras esto suceda el juez de

lo familiar, tendrá la custodia del incapacitado, siendo él responsable de los daños y perjuicios que estos sufran.

El artículo 482 dispone, que la tutela legítima debe darse en los casos de que no exista quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, lo que nos interesa para nuestro tema es cuando debe nombrarse tutor para los casos de divorcio, siendo los hermanos en primer lugar, los que deben ejercer la custodia de los menores, de preferencia los que sean hermanos de ambas líneas y después los colaterales hasta el cuarto grado, determinando el juez quien es el más adecuado; pero si el menor tiene dieciséis años cumplidos elegirá.

Existen otros casos en que estando los padres, ya sea juntos o separados lo que es nuestro tema a tratar, ambos abandonan a sus hijos y son acogidos por otra persona o depositados en establecimientos de beneficencia, personas que tienen a su cargo la custodia de esos menores y en los casos de que se trate de establecimientos, los directores de éstos tendrán el papel de tutores.

En los casos en los que se requiera tutor interino y no haya a quien se le designe esa tutela legítima, hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, entrará la tutela dativa, que será designada por el juez o por el menor si ha cumplido dieciséis años, oyendo al Consejo Local



de Tutelas, pudiendo el juez escoger de la lista formada -- por este Consejo y oyendo también al Ministerio Público.

Aún cuando el menor no tenga bienes, debe nombrarse tutor para que se haga cargo solo de la persona de éste padre que le sea proporcionada subsistencia y reciba educación.

El artículo 537 del Código Civil, nos indica cuales -- son las obligaciones del tutor que son las de alimentar y educar al incapacitado, otorgarle los recursos necesarios -- para para casos de enfermedades, los gastos de educación y de alimentación del menor deben ser los necesarios para que nada le falte según su condición y posibilidades económicas, siendo el juez el que fije la cantidad necesaria según las circunstancias.

Este tipo de tutela, termina cuando se establezca en -- forma definitiva la situación del menor en los casos de divorcio o cuando el menor regrese a la patria potestad en -- los casos en que los padres se les haya suspendido de su ejercicio y en otros cuando los progenitores después de haberla perdido la recuperan.

El Código de Procedimientos Civiles, también se refiere al tema aumentando o aclarando ciertas situaciones.

Al respecto el Título Decimosexto, De las controversias de orden familiar en su Capítulo Unico, en su artículo 941 nos dice que el juez de lo familiar tiene la facultad --

de intervenir de oficio en los asuntos del orden familiar, y aún más tratándose de los menores y de los alimentos, invitando a las partes a llegar a un convenio, así mismo el artículo 953 nos menciona que :

" La recusación no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre el depósito de personas, alimentos y menores ".

De la misma manera el artículo 954 nos expresa que las excepciones dilatorias tampoco impedirán que se tomen las medidas del artículo 953, y después de éstas se dará trámite a la situación que indique dicha excepción dilatoria.

Hemos visto a lo largo de este tema, que la determinación de la Custodia, así como su designación, la encontramos en diversos artículos del Código Civil y además en otros del Código de Procedimientos Civiles referentes al tema, y nos damos cuenta de que esos artículos están de manera diversificada, desunida e imprecisa, dificultando su comprensión.

#### B. SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA DETERMINAR LA CUSTODIA DE MENORES.

De lo expresado en páginas anteriores, se desprende que los sujetos que intervienen en la determinación de la

Custodia de los menores de edad son : en primer término los propios progenitores; el Juec de lo Familiar, el Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas, los Parientes, como los ascendientes, hermenos, los parientes colaterales hasta el cuarto grado y hasta en ciertas ocasiones el propio menor.

Recordemos el artículo 272 fracción I, que nos dice — que son los cónyuges quienes deben convenir en determinar y asignar la persona que tendrá la custodia de sus hijos menores durante y después del procedimiento del juicio de divorcio voluntario.

De igual manera el artículo 259 nos dice expresamente: " Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso ".

Por otro lado, el artículo 275 dice que el juez debe dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los menores en tanto sea decretado el divorcio.

Así mismo, el artículo 282 en sus fracciones III y VI del Código Civil, dice que desde que se admita la demanda de divorcio o antes debe dictarse por el juez en forma provisional la manera de asegurar los alimentos a los menores y poner a los hijos al cuidado de la persona que hubieren designado los cónyuges o lo decidirá solo el cónyuge que pi

da el divorcio o el Juez, normalmente los hijos menores de siete años quedan al cuidado de la madre a menos que afecte su normal desarrollo.

Como ya dijimos, el artículo 283 del Código Civil, es muy importante pues dice que el juez goza de las más amplias facultades para resolver lo relativo a la patria potestad y todos sus derechos y obligaciones y en especial a la custodia y cuidado de los menores.

El artículo 284 del mismo ordenamiento Civil, nos dice que también los parientes pueden intervenir en la determinación de la custodia del menor, incluyendo en esto a los abuelos, tíos y hermanos mayores siempre que el juez lo considere benéfico para el menor.

El Ministerio Público, juega un papel muy importante en la determinación y asignación de la custodia de menores, ya que como sabemos es el defensor de la sociedad, sobre todo si se trata de menores de edad, al referirnos al artículo 390 y 381 del Código Civil, mencionamos que en ambos artículos el juez de lo familiar resolverá la custodia de los menores oyendo a los padres y al Ministerio Público, de igual manera el artículo 381 del Código Civil, expresa que se debe oír a los interesados y al Ministerio Público.

El artículo 418 del mismo Código, reitera que el juez es quien determinará y designará a la persona indicada para ejercer la patria potestad a falta de los padres, serán los

ascendientes (abuelos) en el orden que el mismo juez determine.

Uno de los artículos que habla de la intervención de los Consejos Locales de Tutela, es el artículo 422 del mismo Código Civil que nos dice que cuando las personas que están a cargo de la patria potestad y custodia de un menor y que entre otras tienen la obligación de educarlo convenientemente y no lo hagan, y llegen a conocimiento de los Consejos Locales de Tutelā, estos deberán dar aviso al Ministerio Público para que a su éste promueva lo conducente.

La custodia, como hemos dicho también puede ser desempeñada por persona diversa a los ascendientes o parientes colaterales, esto es en la tutela en donde los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de avisar a los jueces papilares cuando sea necesario nombrar tutor, cuestión que comprende el último párrafo del artículo 460 del Código Civil, así mismo el 468 del mismo ordenamiento, indica que mientras no se designe ese tutor, el juez de lo familiar o el juez menor cuidará en forma provisional al menor.

Es posible que la persona que debe estar encargada de la custodia sea designada por el mismo menor si éste ha cumplido dieciseis años de edad, siempre y cuando el juez de lo familiar confirme esa designación y éste deberá oír el parecer del Consejo Local de Tutelas, si es menor de dieci-

seis años, el juez hará el nombramiento, escogiéndolo de las listas formadas cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, por lo tanto el tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y de oficio por el juez de lo familiar.

Independientemente de los sujetos mencionados anteriormente, que intervienen para determinar la custodia de los menores, el Código de Procedimientos Civiles, nos indica que otros sujetos intervienen, no de manera directa, pero si influyen definitivamente en esa determinación, además el Código de Procedimientos Civiles, reitera la esencial intervención del juez de lo familiar.

De tal manera que el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, expresa lo siguiente :

" El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros ".

Esto es, que el juez de lo familiar sobre asuntos esencialmente de menores y de alimentos, independientemente de cualquier asunto familiar, debe intervenir desde el momento en que tenga conocimiento, exhortando a los interesados a un avenimiento mediante convenio.

Así mismo, el artículo 213, del Código de Procedimientos Civiles dispone lo siguiente:

" El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las puestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del artículo 282 del mismo Código Civil ".

Cuando en un litigio, las partes están asesoradas por Licenciados en Derecho, estos también influyen tanto en la decisión de los padres, como de alguna manera en la decisión del juez.

Al respecto el artículo 943, en su último párrafo, dice que es optativo para las partes tener asesor en el litigio, pero que éstos necesariamente deben ser Licenciados en Derecho con cédula profesional, y si la otra parte no tuviera asesor se le nombrará uno de oficio.

Por otro lado, los Trabajadores Sociales, llevan un papel muy importante en la determinación de la custodia de menores, así como la designación que haga el juez sobre la persona encargada de el cuidado de esos menores.

Por lo que el artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles, nos menciona que el juez podrá resolver las controversias, cerciorandose por sí mismo con auxilio de Trabajadores Sociales, sobre la veracidad de los hechos, quienes presentan un informe en la audiencia, además de po-

der ser interrogados por el mismo juez y por las partes.

Cabe mencionar, que el Estado cuenta con la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia, en donde de una forma gratuita, las personas que tienen problemas familiares, sobre todo cuando se trata de menores acuden ahí, para que esta Procuraduría les asesore, ayudándoles a resolver sus problemas de manera extrajudicial, evitando así el litigio, pero en los casos en que el problema no es resuelto en ese lugar, la misma Procuraduría cuenta con el auxilio de Trabajadores Sociales, que basándose en estudios socioeconómicos, ayudan a las personas que lo soliciten y en otros casos a petición de la misma Procuraduría.

Las circunstancias en que comúnmente intervienen los Trabajadores Sociales son:

Cuando por alguna circunstancia, uno de los padres es quien tiene la custodia de sus hijos y se encuentra en situaciones difíciles por la que no puede continuar el ejercicio temporal de la custodia, por motivos de salud y acude a la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia para que los asesore, puesto que el mismo o cualquier persona, es lo usual, pueden dar aviso de que los menores son amenazados y maltratados, en ese preciso momento empieza la función de los - Trabajadores Sociales - para verificar que los hechos a que se refiere el progenitor o alguna otra persona son verdaderos, sometiendo el padre a diversos



exámenes médicos, psicológicos y aún más psiquiátricos, para encontrar el problema y solucionarlo, encontrando el motivo por el que dicha persona incurre en el maltrato de sus hijos.

Estos exámenes son practicados en la Institución de Salud Mental del mismo Estado, y a los menores se les pone en Custodia de Instituciones de Beneficencia como son La Casa Cuna, Casa Hogar, Huérfanos etc. mientras dura el tratamiento de su progenitor, que puede tardar hasta meses dependiendo del caso.

Otro de los problemas más frecuentes en donde intervienen los Trabajadores Sociales, es cuando la madre por alguna circunstancia queda con la custodia de los hijos y no tiene los medios necesarios para solventar las necesidades de los mismos, y no cuenta con persona alguna que le auxilie, recurre en ayuda de la Procuraduría, y mediante los estudios de trabajo social, el Estado llega a aceptar en custodia a esos menores incorporándolos a las Instituciones de Beneficencia ya mencionadas.

Así como la recopilación de hechos anteriores, podemos citar muchos más donde los Trabajadores Sociales intervienen para determinar con posterioridad la custodia de esos menores.

Por otro lado, citamos también como sujetos que intervienen para la determinación de la custodia a los Testigos de las partes y de los demás llamados a juicio, así como

los Peritos de las partes y el Tercero en Discordia que será nombrado por el juez, con el fin de facilitarle su resolución gracias a la experiencia que tienen en el arte, profesión u oficio a que se dedican.

Al respecto el artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles, dice que las partes deben presentar a sus Testigos y Peritos, así mismo el artículo 946 del mismo ordenamiento menciona que el juez y las partes podrán interrogar a los testigos con respecto a los hechos, motivo de la controversia.

De todo lo anteriormente expresado, podemos decir que son varios los sujetos que intervienen en la determinación y asignación de la custodia de los menores de edad, y que todos y cada uno de ellos aportan juicios importantes para dicho objetivo.

### C. CIRCUNSTANCIAS DE EXAMEN POR EL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA CUSTODIA.

Son diversas las circunstancias que toma en consideración el juez para determinar la custodia de los menores; — circunstancias que van desde la edad, lógica y hasta la experiencia del juzgador.

Además las pruebas toman un papel muy importante, recordando que la prueba instrumental, por ser un documento —

público tienen valor probatorio pleno, en los documentos — privados y en todas las demás pruebas el juez hará su valoración como lo indica el Código de Procedimientos Civiles:

" Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión. " Art. 402.

Por lo tanto, la confesión que hagan las partes deben ser estudiadas por la lógica además desde un aspecto psicológico basado en la experiencia del juzgador, por lo que en ocasiones el juez manda llamar a los propios menores, no con el fin de atestiguar en el litigio, sino para hacer de ellos un análisis psicológico de su aptitud, comportamiento, razonamiento etc.

De igual manera, lo hace el juzgador con la prueba testimonial donde analiza las actitudes y respuestas de los testigos de una y otra parte para que posteriormente éste haga la valoración adecuada conforme a la lógica y la experiencia; estos testigos pueden ser los mismos familiares de el menor, o cualquier otra persona que se relacione con la vida cotidiana de los progenitores y de sus hijos.

La prueba pericial, es un tanto diferente, ya que los peritos deben tener título en la ciencia o arte en que pretendan serlo, por lo que debemos suponer que cuentan con la

experiencia suficiente para dar un dictámen verás sobre los motivos de la controversia, pero aún así, podrían surgir discrepancias entre ellos, puesto que cada uno se inclina por la parte que solicitó sus servicios, viéndose el juez en la necesidad de nombrar un tercero en discordia, que sea imparcial para ambas partes, dictando así un informe que se acerque más a la verdad y de esta manera proporcionar al juez los elementos necesarios para resolver de la mejor manera — como determinar la custodia y asignarle la persona más adecuada, ya sea el padre, la madre o cualquier otra persona.

Pero su principal fin, será velar por los intereses — del menor, no sólo económicos, sino que debe tomar en cuenta sus valores: morales, emocionales en relación con la o — las personas que se van a hacer cargo de su custodia ya sea en forma temporal o definitiva.

#### D. CRITERIOS GENERALES EN LA PRACTICA JURIDICA SOBRE PROBLEMAS DE CUSTODIA DE MENORES, CUANDO LOS PADRES SE HAN SEPARADO.

Al respecto, existe Jurisprudencia sobre el tema en cuanto a la Suspensión de Disposiciones Legales relativas a Menores, como lo expresa la Jurisprudencia número 1914, que a continuación citaremos :

Suspensión tratándose de menores.

" Las disposiciones legales relativas a menores son —

consideradas como de interés público, y por tanto, es improcedente conceder la suspensión contra las ordenes que tiendan a hacer efectivas dichas disposiciones ". (43)

Quinta Epoca

Tomo VII Pag. 931 Regil Alonso de

Tomo X Pag. 869 Castro Raúl

Tomo XV Pag. 541 Du Mazuel Edmundo

Tomo XV Pag. 1157 Isasi José C.

Tomo XV Pag. 1290 Garcofe C. de Rojas Carmen.

Por lo tanto, cuando se efecte el interés público, no es posible conceder suspensiones sobre disposiciones judiciales sobre los menores hijos, pues afectaría también grandemente en ellos.

Existen otras tesis relacionadas con menores como lo es :

Tesis Relacionada.

Menore.

" La sociedad tiene la elevada misión de proteger a los menores, por lo que no debe concederse la suspensión contra los fallos que, acatando lo dispuesto por las leyes de relaciones familiares, ordenen que los niños de menos de cinco años, se mantengan al cuidado de la madre, en caso de divorcio, a menos que ésta incurra en algunos casos de excepción a que las mismas leyes se refieren ". (44)

Además de la jurisprudencia antes mencionada, nos en-

(43) Esta tesis apareció publicada, con el núm. 319, - en el Apéndice 1917-1985, Octava Parte, pág. 525.

(44) Quinta Epoca: Tomo XVII, pág. 811, Zarco Mateo.

contremos con dos más al respecto, la Jurisprudencia No. -- 1915, referente a la Suspensión tratándose de menores, privación de la guarda y la Jurisprudencia No. 1916, que nos habla de la Guarda de los menores, con sus tesis relacionadas que le corresponden, y a continuación las mencionamos:

Jurisprudencia No. 1915.

Suspensión tratándose de menores, privación de la guarda.

" Contra la resolución que pretenda privar a quienes ejerzan la patria potestad, de la custodia del menor, proce de conceder la suspensión sin fianza, para que los casos se mantengan en el estado en que se encuentran, entre tanto se falla el fondo del amparo ". (45)

Quinta Epoca

Tomo XIX Pág. 587 García Felipa

Tomo XXII Pág. 1401 Arenas de Nieto Carmen

Tomo XXIX Pág. 1315 Liciaga De Del Corral Rebeca

Tomo XXXI Pág. 765 Cid Viuda de Paz Isabel

Tomo XXXI Pág. 1557 Flores Amador Francisco.

Tesis Relacionada

Menores, Guarda de los.

" Cuando se dicta una medida provisional durante la tramitación de un juicio de divorcio, sobre la guarda de los menores hijos del matrimonio, no se violan las partes esenciales del procedimiento, puesto que en la sentencia definitiva se resolverá lo que proceda respecto a la misma guarda de los menores ". (46)

(45) Esta tesis apareció publicada, con el núm. 230, en el Apéndice 1917-1985, Novena Parte, pág. 378.

(46) Quinta Epoca, Tomo XXIX pág. 1786 y Tomo XXXII, pág. 1556.

Jurisprudencia No. 1916

Menores, Guarda de los.

" La resolución dictada en el curso de un juicio de divorcio, relativa a que no es procedente la incorporación de los menores hijos, el domicilio de uno de los cónyuges, es simplemente declarativa y no requiere ejecución material de ningún género, por lo cual contra ella no es procedente el amparo ". (47)

Menores, Guarda de los.

" Las disposiciones relativas a la guarda de los menores son cuestiones de carácter civil y de la competencia de los jueces de este fuero, y si un juez penal, conociendo de un proceso, dicta resoluciones que afecten al estado civil de las personas, con ello viola las garantías constitucionales de los interesados ". (48)

Menores, Visita a los.

" La inviolabilidad del domicilio, como prolongación de la libertad individual, no puede ser afectada sino en los casos previstos por el artículo 16 Constitucional, o sea, por cateo o visitas domiciliarias de autoridad administrativa ". (49)

Independientemente de la Jurisprudencia establecida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen Criterios de esta misma Corte como son :

---

(47) Quinta Epoca: Tomo XXXII, pág. 1652, Inarrete José Luis.

(48) Quinta Epoca: Tomo XXVI, pág. 864, Ramirez José.

(49) Quinta Epoca: Tomo LVII, pág. 3296, Moral Manuel.

**MENORES, GUARDA DE LOS. (DERECHOS DE LA MADRE)**

Mientras no se resuelva en forma definitiva sobre la patria potestad de un menor, no es posible privar a la madre del derecho que tiene de guardarlo, y, por ende, de recibir la pensión alimenticia que sea necesaria para las necesidades del mismo; tanto más, si en el caso se ha concedido la suspensión a la citada quejosa, en un amparo anterior, pues mientras no se decida dicho juicio, debe mantenerse a la quejosa en esa situación mientras se falla el asunto en lo principal, y sin necesidad de que se otorgue fianza, — puesto que la pensión alimenticia está destinada a satisfacer las exigencias del citado menor, de acuerdo con la obligación que la ley impone al padre.

T. LXXX, p. 4183, Amparo Civil, revisión del incidente de suspensión 2861/44, Hernández Oscar, 26 de junio de 1944, unanimidad de 4 votos.

Criterio de Suprema Corte de Justicia de la Nación, — del folio No. 62381.

Independientemente de lo que resuelva el juez después de terminado el juicio, el derecho de la madre de tener la guarda del menor, es muy justo, sobre todo para los menores y sin necesidad de que ella otorgue fianza, puesto que el padre debe otorgar la pensión alimenticia para satisfacer esas necesidades.



**MENORES, GUARDA DE LOS, EN CASO DE DIVORCIO.**

No es cierto que un juez de lo civil prive del derecho que tiene un padre de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor de edad, si teniendo en cuenta la corta edad de éste, se limita a determinar que debe tenerlo en su poder - la madre, habiendo al efecto aplicado, por analogía, lo prevenido por el artículo 12 de la Ley de Divorcio del Estado de Campeche, según el cual, en caso de divorcio, cuando no hubiese acuerdo entre los cónyuges, sobre la forma en que deben quedar los hijos, los menores de seis años quedarán en poder de la madre, por lo que ya sea que se trate de divorcio o de conflictos de cualquiera naturaleza, existe la circunstancia de que los hijos pequeños necesitan del cuidado y atención de la madre, y en tal virtud, deben estar en poder de la misma.

T. LIX, p. 2931, Amparo civil en revisión 8496/38, Minaya Barrera Raúl, 16 de marzo de 1939, unanimidad de 4 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del folio No. 62387.

Este criterio se refiere, a la negación del juez de — que se esté privando al padre del derecho de ejercer la patria potestad sobre el menor, al concederle a la madre la guarda, mientras se resuelve en definitiva su posición, ya que los menores necesitan más del cuidado de la madre.

**MEÑORES, GUARDA DE LOS. ESTUDIO DE OFICIO DE LA CUESTION.**

El juzgador no está obligado, en materia de relaciones familiares, a resolver conforme a las pretenciones de las partes, simplemente por que no se oponga la defenza conducente y, por tanto, la conveniencia o inconveniencia de que los menores de edad queden con uno o con otro de sus padres y vivan en tales o cuales circunstancias, quede a su prudente discreción y debe velar por el interés de dichos menores,

T. CCXIV, p. 1022, Amparo civil directo 3044/53, Labrador María, 17 de junio de 1955, unanimidad de 4 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del folio No.62389.

Al respecto este criterio nos dice que el juez debe actuar siempre velando por los intereses de los menores, interviniendo de oficio y no a petición de los padres, puesto que sus pretensiones pueden ser en muchas ocasiones altruistas, sólo por el interés personal y no por el bienestar de su hijo.

## MENORES, CUIDA DE LOS.

Contra la resolución que suspenda las obligaciones de un menor, de vivir con sus padres en virtud del mal trato que le dan, y lo mandan confiar a otra persona, es improcedente conceder la suspensión, por que hay un motivo manifiesto de interés público en evitar que los menores reciban malos tratos de sus padres, mientras se fija su situación definitiva, al fallarse el amparo en lo principal.

T-LXXXI, p. 1163, Amparo civil, revisión del incidente de suspensión 4343/44, Orozco Candelario Ramón y Coaga.- 15 de julio de 1944, unanimidad de 4 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del folio No. 62372.

Es posible conceder al menor la suspensión de sus obligaciones cuando estos sean mal tratados por sus padres, con cediéndole la custodia a otras personas, puesto que el seguir viviendo en ese hogar, puede dañar grandemente al menor en su aspecto moral y psicológico.

**MEHORES, GUARDA DE LOS.**

Las personas no son objeto del derecho de posesión, y si se habla de ésta, es tomándola como una situación de hecho resultante del ejercicio del derecho a la patria potestad; y si de autos está fehacientemente probado que el quejoso tenía en su poder o en su guarda a una menor hija natural, no está dentro de las atribuciones de un Procurador General de Justicia y de un Agente del Ministerio Público, el que de manera informal, se le prive de la guarda o posesión de su hija, pues es evidente que la situación jurídica de la menor, en caso de ser discutida por sus padres, debe ventilarse ante las autoridades judiciales competentes, y de ninguna manera ante un Procurador General de Justicia.

T. XCVII, p. 1899, Amparo penal en revisión 5164/46, - Vallín Vda. de Machaca María Guadalupe y coag., 3 de septiembre de 1948, unanimidad de 5 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del folio No. 62379.

Este criterio resuelve que los menores no deben ser sujetos de posesión, sino que se refiere a una situación de hecho, y por otro lado que esto debe resolverse en juzgados de materia familiar y no penal, por lo que las resoluciones de estos últimos deben considerarse improcedentes sobre la privación o posesión de custodia de menores.

Nota. Estos criterios fueron tomados del Índice I, --- 1917-1957, N-250, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Considero que en la antigua Roma, era infrahumana la situación de todos los sujetos sometidos a la patria potestad y sobre todo la de los menores, puesto que — los derechos de familia correspondientes al pater-familias, eran ejercidos con un rigor excesivo y cruel.

SEGUNDA.- Estimo también que en el transcurso del tiempo, el ejercicio de la patria potestad fue limitada y de la misma manera humanizada, por lo que en nuestra legislación, se ha creado más que como un derecho de los padres, un deber.

TERCERA.- Sugiero que la reglamentación de la patria potestad y de la tutela debe hacerse en forma integral, no sólo en el aspecto patrimonial del menor, sino en una cuestión más importante como lo es su persona, su guarda y educación.

CUARTA.- Opino que en nuestra legislación positiva no precisa con certeza la regulación de la patria potestad, — por lo que tampoco regula a la Custodia como una consecuencia de ese poder.

QUINTA.- Nuestro precepto legal en materia familiar — confunde a la patria potestad con la Custodia, siendo que — son diferentes, aún cuando en algunas ocasiones una se deriva de la otra, la Custodia de la patria potestad.

SEXTA.- La Custodia de los menores, requiere de una especial atención y una minuciosa reglamentación como lo hacen otras legislaciones, para que con ello se eviten dudas constantes acerca de quien la ejerce y como se ejerce.

SEPTIMA.- Sobre los problemas de Determinación de la Custodia, categorizo al menor como la parte más importante, ya que es el principal perjudicado en estas decisiones, debiendo tomarse en cuenta sus sentimientos y/o la inclinación que tenga por la persona designada.

OCTAVA.- Estimo que la pérdida o suspensión de la Custodia, no debería estar sujeta al divorcio, puesto que los hijos nada tienen que ver con las discrepancias de los padres, más sin embargo, se les priva de la convivencia de uno de ellos, que es necesaria para el desarrollo integral de los menores.

NOVENA.- El Estado desempeña una función muy importante en la Determinación de la Custodia de Menores, por medio de instituciones o sujetos como la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia, por los Trabajadores Sociales, por los Jueces, Peritos y todos aquellos que de un modo u otro intervienen en la protección del menor.

DECIMA.- Propongo que la legislación sobre Custodia sea reglamentada en forma específica y unificada, para evitar con ello problemas en la práctica jurídica que sólo afectan al menor.

SEXTA.- La Custodia de los menores, requiere de una especial atención y una minuciosa reglamentación como lo hacen otras legislaciones, para que con ello se eviten dudas constantes acerca de quien la ejerce y como se ejerce.

SEPTIMA.- Sobre los problemas de Determinación de la Custodia, categorizo al menor como la parte más importante, ya que es el principal perjudicado en estas decisiones, debiendo tomarse en cuenta sus sentimientos y/o la inclinación que tenga por la persona designada.

OCTAVA.- El Estado desempeña una función muy importante en la Determinación de la Custodia de Menores, por medio de instituciones o sujetos como la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia, por los Trabajadores Sociales, por los Jueces, Peritos y todos aquellos que de un modo u otro intervienen en la protección del menor.

NOVENA.- Propóngo que la legislación sobre Custodia sea reglamentada en forma específica y unificada, para evitar con ello problemas en la práctica jurídica que sólo afectan al menor.

## B I B L I O G R A F I A

1.- BONNECASE, JULIEN, " ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL ", TRADUCCION DE CAJICA, JOSE M., TOMO I, EDITORIAL CARDENAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR, TIJUANA BAJA CALIFORNIA MEXICO 1985.

2.- BRAVO, GONZALEZ AGUSTIN Y BIALOSTOSKY, SARA, " COMPENDIO DE DERECHO ROMANO ", NOVENA EDICION, EDITORIAL PAX-MEXICO, LIBRERIA CARLOS CESARMAN. S.A., MEXICO D.F. 1978.

3.- GALINDO, GARFIAS IGNACIO, " DERECHO CIVIL ", PARTE GENERAL, PERSONAS, FAMILIA, TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1979.

4.- IBARROLA, ANTONIO DE, " DERECHO DE FAMILIA ". SEGUNDA EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1981.

5.- LEMUZ, GARCIA RAUL, " COMPENDIO DE DERECHO ROMANO" EDITORIAL LIMSA, S.A., MEXICO, D.F., 1979.

6.- MAZBAUD, HENRI LEON Y MAZBAUD, JEAN, " LECCIONES DE DERECHO CIVIL ", TRADUCCION DE ALCALA, ZAMORA Y CASTILLO, PRIMERA PARTE, VOLUMEN IV, EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA, BUENOS AIRES 1959.

7.- Y " LECCIONES DE DERECHO CIVIL ", TRADUCCION DE ALCALA, ZAMORA Y CASTILLO, PARTE CUARTA, VOLUMEN IV, EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA, BUENOS AIRES 1965. CON APENDICE DEL CODIGO CIVIL FRANCES.



8.- MUÑOS, LUIS, "DERECHO CIVIL MEXICANO", TOMO I, PARTE GENERAL, DERECHO DE FAMILIA, EDICIONES MODELO, S.A., MEXICO, 1971.

9.- PENICHE, LOPEZ EDGARDO, "INTRODUCCION AL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL", DECIMA TERCERA EDICION, EDITORIAL FORNIA, S.A., MEXICO 1979.

10.- PETIT, EUGENE, "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO", TRADUCCION DE RODRIGUEZ, CARRASCO MANUEL, EDITORIAL CARDENAS, S.A., MEXICO, D.F., 1980.

11.- PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES, "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", TRADUCCION DE CAJICA, JOSE M., VOLUMEN II, TOMO I, EDITORIAL CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MEXICO, D.F., 1983.

12.- ROJINA, VILLEGAS RAFAEL, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", TOMO I, INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA, OCTAVA EDICION, EDITORIAL FORNIA, S.A., MEXICO, 1973.

13.- Y "DERECHO CIVIL MEXICANO", TOMO II, VOLUMEN I, EDITORIAL FORNIA, S.A., MEXICO 1975.

14.- D. CASSO, IGNACIO; ROMERO, CEVERA FRANCISCO Y JIMENEZ, ALFARO. "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO", TOMO I, EDITORIAL LABOR S.A., BARCELONA, ESPAÑA 1950.

15.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, " DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO ", TOMO II, C-CH, EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO 1985.

## LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870.
- 2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1884.
- 3.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 57a. EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1989.
- 4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 38a. EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1990.
- 5.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES
- 6.- JURISPRUDENCIA No. 1914, 1915 y 1916, APENDICE JURISPRUDENCIAL DE 1917 a 1985, DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.
- 7.- CRITERIOS DEL INDICE I, 1917-1957, M-250, DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

## BIBLIOGRAFIA

1.- ABOAHAUED, HABRICA CHIBLI, " EL JUICIO SOBRE EL DE HECHO DE GUARDA ", REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL, 1960.

2.- GASTAN, VAZQUEZ JOSE M<sup>a</sup>., " LA LLAMADA PATRIA POTESTAD DE HECHO ", REVISTA DE DERECHO PRIVADO, OCTUBRE 1978, MADRID, ESPAÑA.

3.- Y " LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS NATURALES- EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA ", REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO, ENERO-DICIEMBRE 1966, BARCELONA ESPAÑA.

4.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, DEL 24 DE MARZO DE 1971.

5.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1974.

6.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1983.