

301809

75
de J



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**REFLEXIONES LOGICO JURIDICAS EN TORNO A LA
PATRIA POTESTAD**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARIA ELENA HERNANDEZ PORRAS

**PRIMERA REVISION:
LIC. JAVIER GONZALEZ DEL VALLE**

**SEGUNDA REVISION:
LIC. SILVIA LLITERAS ALANIS**

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.

1993



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.

INDICE

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO I. PRECEDENTES HISTORICOS DE LA	
PATRIA POTESTAD.....	1
I.1. En el Derecho Romano.....	1
I.2. En el Derecho Francés.....	9
I.3. En el Código de Napoleón.....	10
I.4. En España.....	12
I.5. El México Independiente.....	15
I.6. A la Luz de los Códigos de 1870 y 1884.....	15
I.7. A la Luz de la Ley de las Relaciones	
Familiares.....	21
CAPITULO II.....	25
II.1. Concepto.....	25
II.2. Naturaleza y fundamento.....	29
II.3. Definición legal.....	30
II.4. Elementos comunes.....	33
II.5. Características.....	33

CAPITULO III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA

Patria Potestad.....	38
III.1. Personas encargadas de ejercer la patria potestad.....	38
III.2. Personas sujetas a la patria potestad.....	38

CAPITULO IV. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA

Patria Potestad.....	61
IV.1. Efectos sobre el hombre.....	66
IV.2. Efectos sobre el domicilio.....	69
IV.3. Efectos sobre la Capacidad de goce.....	73
IV.4. Efectos sobre el estado civil.....	73
IV.5. Efectos sobre el estado político.....	76
IV.6. Efectos sobre el patrimonio.....	78
IV.7. Efectos sobre la capacidad de ejercicio.....	81
IV.8. Efectos sobre el objetivo.....	88

CAPITULO V. CASOS DE SUSPENSION Y EXTINCION DE LA

Patria Potestad.....	93
V.1. Suspensión del derecho a ejercerla.....	94
V.2. Pérdida del derecho a ejercerla.....	97
V.3. Extinción.....	99

CAPITULO VI. LA PATRIA POTESTAD Y LA CUSTODIA

DE MENORES.....	101
VI.1. Determinación de la patria potestad durante y después del divorcio.....	101
VI.2. Durante el juicio de divorcio.....	102
VI.3. Después del divorcio.....	103
VI.4. Divorcio voluntario.....	103
VI.5. Divorcio necesario.....	104
VI.6. Durante el procedimiento de divorcio.....	111
VI.7. Una vez decretado el divorcio.....	113
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	119

INTRODUCCION

Durante 5 años en los que tuve la oportunidad de cursar en las aulas de la Universidad del Valle de México plantel San Rafael y gracias a las cátedras de mis maestros de Derecho y en particular a mi maestro el Licenciado Javier González del Valle, surgió en mi el interés de realizar la presente tesis de investigación de Reflexión y Análisis, tiene como finalidad el señalar y llamar la atención de los estudiosos del Derecho sobre una serie de problemas de interés práctico y técnico sobre las figuras de la patria potestad y su custodia.

De esta forma decidí realizar mi trabajo para obtener el título de Licenciado en Derecho sobre la institución denominada patria potestad, por que no obstante de ser considerada por la mayoría de la Doctrina y Legislación como una institución cuyos problemas tanto técnicos como legales son cuestiones ya resueltas.

De tal forma, desde el punto de vista legal, se puede uno cuestionar por qué los padres y los abuelos tienen derecho a ejercer la patria potestad o bien por que se maneja de diversa manera la institución dependiendo de que el menor sobre el que se ejerce la patria potestad sea o no hijo de matrimonio o desde el punto de vista técnico es

correcto limitar los efectos, de la patria potestad, a las personas o bien del menor.

Con la finalidad de resolver entre otras cosas lo antes mencionado, he realizado este estudio que de una manera general intenta encontrar el fundamento contenido: definición, sujetos, totalidad de efectos y causas de extinción de la patria potestad, en el supuesto de que para lograr parte de este cometido he concentrado en las corrientes clásicas con el fin de encontrar una técnica más acorde a la institución y un reglamentación más imparcial para las relaciones que regula.

Se aborda también lo relacionado a la patria potestad en casos de divorcio y derecho de custodia.

CAPITULO 1. PRECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

Como requisito previo para la compensión de una Institución Jurídica, es necesario conocer los orígenes, saber de su evolución a través del tiempo. Como se originó y el fin .perseguido por la misma para su aplicación.

Por consiguiente comenzaré dando una visión generalizada del desarrollo que ha tenido la patria potestad en la historia; en el Derecho Romano, en el Derecho Francés, en el Código de Napoleón, en el Derecho Español, y por último en México.

I.1. EN EL DERECHO ROMANO

"La principal fuente de la potestad paterna son las siguientes noptiae-el matrimonio legítimo-,pero cuando de ellas no nacen varones que perpetúen la descendencia, el antiguo derecho civil permitirá la adrogación y después vinieron la adopción y la legitimación..." (1).

Para poder comprender de forma más clara es preciso explicarlo que quieren decir o mejor dicho la diferencia

(1) Bravo Valdes Beatriz, Bravo González Agustín.-
"Primer curso de Derecho Romano" pág. 146, Ed. Paz México, México D.F. 1987.

que existe entre estas tres fuentes de potestad.

"El vocablo adopción es genérico, pues hay dos clases de adopciones, una de las cuales se llama adopción y la otra adrogación. Son adoptados los que son hijos de familia, los dependientes; son adrogados lo que son independiente-sui iuris.... mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación...." (2)

"La adrogación es designada así, por que el que adroga es rogado, es decir interrogado si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga." (3)

"La legitimación presupone una relación natural de padre a hijo pero que excluye la idea de una potestad adquirida por efecto del nacimiento. Constituye pues, por tanto, para el padre una manera de obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido sui iuris. Es la legitimación más plena en sus efectos que la adopción, pues engendra en principio relaciones idénticas a aquellos que

(2) Bravo Valdes Beatriz, Bravo González Agustín.-
"Primer Curso de Derecho Romano" pág. 146. Ed. Pax
México, México D.F. 1987.

(3) *Idem.* pág. 147.

resultan del nacimiento ex iustis nuptiis. Es una institución que pertenece al derecho civil, no aplicable a la madre por no ser titular de la patria potestad..." (4)

La familia y todos los que la formaban pertenecían a la paterfamilias, el cual gozaba de plena capacidad jurídica.

La potestad paterna le pertenecía al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil.

El paterfamilias era la autoridad de derecho civil y sólo podía ser ejercida por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano romano.

Lo principal de esta autoridad ejercida por el paterfamilias no lo era la protección del hijo y sí lo era el interés del jefe de familia.

Derivándose las siguientes consecuencias:

- a) Las facultades del paterfamilias no se modifican por el matrimonio, ni por la edad de quienes se encuentran sometidos a ellas.
- b) Estas facultades sólo pertenecen al pater familias,

(4) Idem. pág. 147.

aunque no es necesariamente el padre el que la ejerce, ya que al estar este sometido a la autoridad del abuelo, paterno, se borra ante la autoridad de su padre.

c) La madre no poseía jamás esta potestad.

Esta potestad, confería al paterfamilias, el cual tenía derechos absolutos y rigurosos, tanto sobre los hijos, al igual que sobre, los bienes de éstos.

Los sometidos a la patria potestad carecían de capacidad jurídica, pues sólo eran miembros del paterfamilias y sólo podían adquirir para éste como órganos suyos.

La patria potestad otorgaba el derecho de entregar a la potestad de otros los sometidos a ella y hasta el de venderlos en el extranjero, como esclavos, así como también otorgaban plenos poderes sobre el patrimonio de los miembros de la familia.

Cuando adquirían o poseían, aunque de hecho se les dejare su disfrute, pertenecían judicialmente al paterfamilias.

Aunque los sometidos a la patria potestad podían celebrar un matrimonio legítimo, su mujer y sus hijos no entran bajo su potestad, sino bajo la del paterfamilias.

Por lo tanto el hijo adquiere a nombre del

paterfamilias. El sometido a la potestad de otro tampoco tenía posibilidad de obligarse, ya que éste no poseía nada con que poder hacerlo aparte de que jurídicamente las facultades del paterfamilias hacían imposible una ejecución forzosa contra él por parte de terceros, ya que el procedimiento ejecutivo era de un carácter estrictamente personal.

Los actos de adquisición del sometido siempre favorecían al paterfamilias y éste no quedaba obligado por las que aquél contrajese.

El paterfamilias sólo era responsable por la familia por razón de transgresiones, por daños que cometiese cualquier miembro de la familia o por un esclavo o un animal perteneciente a ella; en este caso debía entregar al culpable o reparar los daños.

Estas facultades ilimitadas del paterfamilias eran indestructibles perduraban durante toda la vida en éste y de los sometidos a su potestad, cualquiera que fuera la edad de éstos o de aquél.

No importaba la posición social ni política que el sometido tenía, sin embargo, como consecuencia de los movimientos sociales, se produjeron cambios para atenuar los desmedidos derechos señoriales del paterfamilias los cuales se plasmaron en la ley de la XII Tablas.

Dicha ley establecía que en filius familias que se vendiera tres veces por su padres, era liberado definitivamente su poder; con esto se buscaba la posibilidad de poner a 1 las facultades del paterfamilias un límite de tiempo.

Para conseguir dicha libertad el padre emancipa al hijo tres veces con una persona de confianza, la cual manumite inmediatamente al mancipium cada vez, con lo cual vuelve al poder del paterfamilias, quedando a la tercera vez completamente libre y definitivamente emancipado.

Para entrar a formar parte de la familia de un modo ordinario era el nacimiento "Se hacía miembro de la familia el procreado en iustae nuptiae por individuo varón de la familia, sea pater o filius". (5)

Sin embargo, existían otras formas de pasar bajo la potestad, una de ellas como ya mencionamos es la adopción; cuyo fin es el de establecer entre dos personas adoptante y adoptado, relaciones análogas a las que se creaban entre el hijo nacido en iustiae nuptiae y el paterfamilias.

Como se podrá apreciar lo que daba origen a las relaciones jurídicas no era ni la procreación, ni el

(5) Iglesia Juan "Derecho Romano" 6a. Edición. España. Editorial Ariel, 1979. pág 534.

parentesco, sino los vínculos de la patria potestad.

La legislación de los severos prohibió la exposición de recién nacidos a la misericordia pública, las ventas de los hijos de familia casi únicamente tenían lugar para los fines de adopción y emancipación; eran distinguidas claramente la posición del *mancipium* de la del ser *servus* el *mancipium* conservaba su libertad y ciudadanía y subsistía también su matrimonio; mediante la *actio in iuratum* podía reclamar protección judicial contra los abusos que cometiesen el *paterfamilias*. (6)

Esto quiere decir que la patria potestad se transformó de un poder exclusivo de *pater* a una relación jurídica en virtud de la cual el hijo de familia podía hacer válida sus pretenciones ante la autoridad.

La patria potestad se extinguía por la muerte de los hijos o del padre excepcionalmente terminaba en la vida del *paterfamilias*, cuando éste sufría la muerte civil por la pérdida de la libertad, de su independencia familiar o de la ciudadanía.

La patria potestad se extinguía involuntariamente por

(6) Petir Eugene "Derecho Romano". Editorial Saturnino Calleja S.A. Madrid.

someter al hijo a otra potestad, pero había además otro procedimiento, la emancipación, por medio de la cual el hijo se convertía en sui iuris en vida, con la voluntad del padre.

Durante el imperio, el derecho helenístico tuvo una gran influencia sobre el derecho romano helenizado, que se cristalizó definitivamente en la compilación de Justiniano.

Con la nueva concepción sobre las instituciones del derecho romano, las relaciones entre la madre y los hijos sufrieron un cambio radical: se le concedió a la madre los derechos hereditarios con arreglos al ius civile al igual que los mismos derechos de protección y de sustento respecto de los hijos, además de su protección; los cuales como lo mencionamos anteriormente eran derechos exclusivos del paterfamilias.

La patria potestad únicamente se basaba, ordinariamente en el matrimonio, pero ya Marco Aurelio y Lucio Vero dispusieron que los hijos nacidos en un matrimonio putativo, es decir que fuese nulo, que se considerará válido por lo menos por un cónyuge, se equiparasen a los legítimos.

I.2. DERECHO FRANCES

En Francia, en sus regiones, en el antiguo Derecho Francés, donde regía el derecho escrito, fue aceptada la patria potestad de una forma similar a la antigua Roma, teniendo como diferencia que los sometidos a ella al cumplir la mayoría de edad quedaban en libertad.

Si los hijos que se encontraban sujetos a la patria potestad sufrían un mal trato, se inducían al mal o sus alimentos les eran negados, los padres tenían la obligación de emancipar al hijo.

Una causa reconocida por el Derecho Francés para la extinción de la patria potestad, es muy obvia desde mi punto de vista es, la muerte del hijo, ya que es consecuencia de un hecho natural del que pierde la vida, pues deja de existir.

Otra lo es la caducidad del padre o de la madre, la cual priva de ella a los padres indignos o autorizaba a los tribunales para privarlos mediante sentencia de ese derecho.

Debemos añadir que también la emancipación era reconocida causa de orden jurídico, acto mediante el cual el menor de edad, pero menor de 18 años, era liberado de la autoridad paterna a la tutela, como consecuencia adquiría

la libre administración de su persona y por ende de sus bienes.

I.3. EL CODIGO DE NAPOLEON (1834)

Este Código en lo que se refiere a la patria potestad la regulaba dividiéndola en dos partes:

El poder que tenía los progenitores sobre la persona de los hijos.

La otra parte eran los derechos de los progenitores sobre los bienes de los hijos.

Dicho Código marca un límite de tiempo a la autoridad paterna, la cual sólo estaría vigente hasta la emancipación o la mayoría de edad.

Otras de las cosas, que marca es que imponía la obligación a los hijos de afecto y respeto a los progenitores durante toda su vida.

Tenía obligación el hijo de permanecer en la casa paterna para así poder hacer efectivo el derecho de guarda.

Por lo que concierne a los bienes, el padre tenía derecho a un usufructo sobre los bienes de sus hijos hasta que estos cumplieran la mayoría de edad (18 años), o que fueran emancipados. En dicho usufructo, el padre tenía las mismas obligaciones que un usufructuario ordinario.

El padre tenía a su cargo la manutención y educación de sus hijos.

La pérdida del usufructo se presentaba cuando:

La madre contrajera segundas nupcias, por lo tanto era una causa de extinción; no tenía derecho al usufructo el padre o la madre en contra del que se hubiese dictado sentencia de divorcio.

Por lo que respecta al derecho de corrección, el padre recurría al Estado para que éste determinara el castigo, el padre debía tener motivos suficientes de descontento, sobre la conducta del hijo, con esto tenía derecho a un mes de encierro para el menor, con la opción de reducir el tiempo de castigo; no podía causar maltratos graves o heridas a sus hijos, pues caía bajo la acción de la ley penal.

Para finalizar debemos recordar que excluidos del usufructo legal de los progenitores los bienes adquiridos en industrias separadas o por propio trabajo, también los adquiridos por legado con cláusula expresa del donante a autor de la herencia de que los padres no tengan el usufructo de tales bienes.

I.4. EL DERECHO ESPAÑOL

Conforme la Clasificación del maestro Toribio Esquivel Obregón dividiremos la formación y evolución histórica del derecho español.

- a) Epoca anterior a la conquista romana.
- b) Epoca que parte de la conquista romana y termina con el establecimiento de los visigodos de la península.
- c) Duración de la monarquía visigótica.
- d) Invasión de los árabes en España, hasta su expulsión y último período de los Reyes Católicos, abarcando la conquista e instituciones jurídicas de la Nueva España, concluyendo con la fusión de estas dos culturas.

En sus orígenes, la historia de España se forma con la aportación de diferentes pueblos asentados pacíficamente en la península y otros invadiéndola; entre los primeros grupos de población de mayor importancia se cuenta con los celtíberos esto lo encontramos en los libros que conquistados por los celtas formaron dicho grupo, con las siguientes características régimen matrimonial monogámico, una estrecha solidaridad familiar no sólo en los vínculos de sangre, sino también en los lazos de adopción.

El pueblo de origen semita, pueblo fenicio, estableció colonias en la península, teniendo en contacto a los celtíberos con los pueblos del Mediterráneo.

Cártago, colonia fenicia, que situada en el norte de Africa estableció también colonias en España debido a su gran expansión territorial e influencia comercial, estableciendo sólo vínculos económicos con los naturales. Esta expansión despertó el celo de Roma, surgiendo así las guerras púnicas en las que Cártago fue vencida y el Imperio Romano extendió sus dominios a España.

Al conquistar Roma el territorio peninsular, llevó consigo el aporte de sus costumbres y de sus leyes, otorgando a la población varios derechos, entre ellos el de ciudadanía, con lo que terminó por romanizar a España.

Los visigodos, los cuales eran de origen indogermano, invadieron a España y se establecieron en la península; incorporaron sus leyes no escritas al derecho romano y de ahí surgió la Ley Romana Visigothorum o Breviario de Alarico.

La familia se constituía principalmente por los vínculos de sangre, la potestad marital y paterna del jefe de familia era absoluta con características comunes a la de los pueblos que ejercían este derecho de igual manera; la emancipación de los hijos se llevaba a cabo cuando éstos

eran aptos, para el servicio de las armas, a partir de los cuales se consideraban como guerreros y como parte de la República; el régimen familiar era monogámico, concertándose el matrimonio por la venta de la mujer al marido.

Respecto a la Ley Romana Visigothorum, podemos decir que ésta limitaba los excesos del derecho de potestad, sancionando al infractor severamente y entre otras cosas establecía que al morir uno de los progenitores, los hijos quedaban a cargo del otro, es decir bajo el cuidado del que viviera, pero cuando morían ambos, los hermanos mayores eran los que ejercían la patria potestad.

La reconquista, al confirmar la nacionalidad, hace germinar el derecho netamente español.

Con el descubrimiento de América y la conquista de los habitantes, se realizó la fusión de ambas culturas, dando como primeras manifestaciones del derecho de América las Bulas Alejandrinas, siguiéndoles las capitulaciones de Santa Fé.

Estas fueron llevadas a cabo entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón.

En la Nueva España el derecho no fue más que la continuación del Derecho Español, teniendo modificaciones naturales que imponían el medio en el cual se legisló.

Concluyo de esta manera los antecedentes de la patria potestad, los cuales influyeron en el tratamiento de esta figura para el derecho mexicano.

I.5. MEXICO INDEPENDIENTE

Al independizarse México y romper de modo definitivo la nación vínculo con España, heredó la organización política de la colonia que había desaparecido.

Surge pues, el primer proyecto de Código Nacional en materia civil encargado por el gobierno del entonces Presidente Benito Juárez en 1859, terminando y publicado en 1861.

El autor intelectual fue Justo Sierra, el cual se basó principalmente en el proyecto del Código Español de García Goyena.

I.6. CODIGOS CIVILES DE 1870 Y DE 1884

Ambos Códigos tiene semejanzas: Esta materia comprendía tres capítulos: El primero era relativo a efectos de la patria potestad, respecto de la persona de los hijos; el segundo concerniente a efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos; el tercero se refería a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Los cuerpos legales que aludimos, encuentran estipulado el deber de los hijos; honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, independientemente de su edad, condición o estado dando un concepto moral de las relaciones que deben existir entre padres e hijos y demás ascendientes.

En lo que se refiere a los sujetos pasivos de esta institución se estableció que éstos serían los hijos legítimos y los naturales legitimados o reconocidos menores de edad, no emancipados, siempre y cuando existiese alguno de los ascendientes a quienes les correspondiera ejercerla según la Ley: los cuales eran el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna, la abuela materna, ejerciéndose sobre las personas y sobre los bienes del menor.

El derecho de sucesión se ejercía en caso de muerte, interdicción o ausencia.

Quien ejercía la patria potestad, tenía la obligación de educar de una forma conveniente al menor, con facultades para corregirlo mesuradamente, contando con el auxilio de autoridades en caso de fuera necesario.

El que ejercía la patria potestad era el legítimo representante de los que se encontraban sujetos a ella. Por lo tanto era el administrador legal de los bienes que le

pertenecían al menor.

Era necesario que si el menor contraía alguna obligación o si éste comparecía en juicio requiriera un reconocimiento expreso de quien ejercía la patria potestad.

Los progenitores tienen el derecho de representación de sus hijos, pudiendo así ejecutar los derechos de éstos, para así poder proteger sus intereses de los riesgos a que los expone la falta de experiencia.

Mientras el menor se encontraba sujeto a la patria potestad los bienes se dividían en cinco clases.

Bienes que procedían de la donación del padre, bienes que procedían de la donación de la madre o de los abuelos aún cuando alguno de ellos estuviera ejerciendo la patria potestad.

Bienes que procedieran de la donación de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de segunda clase se hubiesen donado en consideración al padre.

Bienes debido a don de fortuna, bienes que el hijo adquiriera por un trabajo honesto.

Ahora analizaremos la forma en que el menor va a recibir o más claramente como le van a ser proporcionados esos bienes y administrados.

En el primer caso la propiedad pertenecía al hijo y la administración del padre.

Pudiendo éste conceder a aquél la administración y señalarle de los frutos la porción que estimará conveniente. Si no se realizaba ésto por el padre, al hijo le correspondía la mitad.

En el segundo, tercero y cuarto caso, la propiedad de los bienes y del usufructo la mitad correspondía siempre al hijo; la otra mitad del usufructo al padre además de la administración.

Este podía ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le que correspondía.

Cuando el hijo tuviera la administración de los bienes por voluntad del padre o por ley, era considerado respecto de la administración como emancipado.

Es importante aclarar que el usufructo concedido al padre llevaba consigo todas las obligaciones de los usufructuarios con excepción de las de afianzar.

El derecho de usufructo al padre se extinguía por: la mayoría de edad de los hijos, o por la emancipación cuando la madre pasa a segundas nupcias.

Por renunciaciones.

Esta última al ser hecha a favor del hijo era considerada como donación.

Los padres debían de entregar a sus hijos cuando éstos llegaren a la mayoría de edad o fueran emancipados, todos

los bienes y frutos que les pertenecían.

Por la muerte del que la ejercía, si no había otra persona en manos de quien recayese.

Por la emancipación.

Por la mayoría de edad.

Si el que la ejercía era condenado a alguna pena, se perdía la pérdida de este derecho.

Los tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejercía o modificar su ejercicio, si trataba a los que estaban sujetos a ella con excesiva severidad, o no los educaba, o les diera ejemplo de consejos corruptos, o les imponía preceptos inmorales.

Los padres debían entregar a sus hijos, luego que éstos se emanciparen o llegaren a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecían.

- a) Por la muerte del que la ejercía, si no había otra persona en quien recayera.
- b) Por la emancipación.
- c) Por la mayor edad del hijo.

Se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que impartiría la pérdida de este derecho.

Los tribunales podían privar de la patria potestad al

que la ejercía, o modificar su ejercicio, si trataba a los que estaban sujetos a ellas con excesivas severidad, no los educaba, o les imponía preceptos inmorales, o les daba ejemplos o consejos corruptos.

Se suspendía:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente.
- b) Por la ausencia declarada en forma.
- c) Por sentencia condenatoria que impusiera como pena esta suspensión.

Los padres conservaban su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia hubieran quedado suspendidos del ejercicio de la patria potestad.

La madre, abuelos y abuelas podían siempre renunciar a su derecho o al ejercicio de ésta, en cuyo caso recaerían en el ascendiente a quien correspondiera según la Ley; si no lo había, se proveía de tutor al menor conforme a derecho. El ascendiente que renunciaba la patria potestad, no podía recobrarla.

La madre o la abuela que diera a luz un hijo ilegítimo, que viviera en manebía o contrajera segundas nupcias, perdía su derecho a ejercer la patria potestad.

I.7. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Esta ley fue expedida por Venustiano Caranza, con fecha 9 de abril de 1917 y entró en vigor el 11 de mayo del mismo año; reforma con su Capítulo XV, el Título VIII del Código de 1884 que no fueron reformados o expresamente derogados por la ley, siguieron teniendo vigencia.

Su exposición de motivos con respecto a la patria potestad enuncia lo siguiente:

"...Que, en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos por abuelo y abuela. Pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que el beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes ejercen en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes..."(7)

(7) *Ley de Relaciones Familiares, Talleres Gráficos de la Nación; Edición Oficial: p.p. 3-6.*

Ahora veamos que es lo que dispone este ordenamiento y cuales son las reformas que introdujo.

Es obvio de repeticiones, solamente nos referimos a los artículos que fueron reformados en relación con los Códigos anteriores.

La patria potestad se ejercía sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los naturales y de los adoptivos.

Aquí se establecen modificaciones en relación con los Códigos de 70 y 84, ya que como podemos apreciar en ambos se hablaba de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, mientras que en la Ley de Relaciones se mencionaba a los hijos legítimos, los hijos legitimados, los naturales y los adoptivos, es decir, se ejerce además sobre los hijos naturales legitimados o no y sobre los hijos adoptivos.

La patria potestad se ejercía:

1. Por el padre y la madre;
2. Por el abuelo y abuela paternos;
3. Por el abuelo y abuela maternos.

Esta es otra modificación ya que no concede mayor importancia al hombre que a la mujer como anteriormente se establecía, sino que los coloca en un plano de igualdad, ya

que ésta es ejercida simultáneamente por el padre y la madre, siguiendo la misma regla respecto de los abuelos. Este artículo es concordante con la exposición de motivos que señalamos con anterioridad donde se pretende la igualdad de derechos entre hombre y mujer.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente en el orden establecido. Si sólo faltaba una de las dos personas a que el orden indicado correspondía la patria potestad, el que quedaba continuaría con el ejercicio de este derecho.

El segundo párrafo es una edición, ya que en los Códigos anteriores la patria potestad nunca recaía en dos personas y si quien la tenía dejaba de ejercerla, era necesario que entrase el siguiente a quien correspondía, pero en esta ley ya era ejercida esta institución por dos personas simultáneamente, y si una de éstas dejaba de ejercerla, el otro continuaba en su ejercicio.

Cuando la patria potestad se ejercía a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes era el padre o el abuelo; pero debía consultar en todos los negocios a su consorte y requería su consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requería expresamente.

Los Códigos anteriores no podían tener esta disposición pues como ya mencionamos, la patria potestad nunca era ejercida al mismo tiempo por dos personas, en cambio aquí, para evitar problemas, se prevé que cuando es ejercido este derecho por el padre o la madre a la vez, o por el abuelo y la abuela, el hombre será el administrador, así como el representante de los hijos en el juicio.

Los que ejercían la patria potestad tenían sobre los bienes del hijo, mientras duraba su administración, la mitad del usufructo de los mismos.

En la Ley de Relaciones Familiares desaparecen las clases de bienes que podían adquirir el sujeto a la patria potestad que se establecían en los Códigos anteriores, señalándose que quien ejerza la patria potestad tiene la administración y la mitad del usufructo de los bienes sin importar su precedencia, ni la forma en que se hubieran adquirido.

Así, hemos mencionado los lineamientos generales de los antecedentes de la institución en estudio por lo que procedemos al concepto de la misma.

CAPITULO II.

II.1. CONCEPTO

El concepto de patria potestad es variante de acuerdo al contenido que se le pretende dar; así es como dentro de la doctrina nacional se han producido diferentes y variadas definiciones que sin embargo coinciden sin duda alguna la más de ellas en el aspecto central de objetivo de esta institución jurídica. De manera ejemplificativa citaré algunos tratadistas y juristas.

Para iniciar daremos la siguiente que patria potestad procede de latín "patriuis" patria "patrium" lo relativo al padre; y de "protesta" la potestad, el poder. (8)

Por considerar la más elemental de las definiciones, por la función que cumple un diccionario general, el primer concepto que transcribiré es el que encontramos en el Diccionario General de la Lengua Española que dice:

"Patria Potestad es la autoridad que los padres tienen con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no

(8) *Diccionario Enciclopédico Abreviado. Editorial Espasa Calpe, 8a. edición. Madrid: 1957, TV1, p.p. 360 y 731.*

emancipados". (9)

En el Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México encontramos el siguiente concepto:

"Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tiene para sus descendientes". (10)

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual define a la patria potestad como el:

"Conjunto de derechos y deberes que el padre, y en su caso a la madre, corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados". (11)

Como podemos observar, en esta definición todavía se hace mención de la distinción entre el padre y la madre

- (9) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. 19a edición. Madrid, 1970, p. 1055.
- (10) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, Tomo VII, p. 205.
- (11) CABANELLAS Guillermo, Diccionario de derecho usual, Buenos Aires Argentina; Editorial Arayú; 1954, T. III. p. 105.

dándole preferencia al primero sobre la segunda; esto es debido al año en que fue dada y al sistema al cual va a aplicarse, pero no es aplicable a nuestra legislación actual.

Para Rafael de Pina, la patria potestad asume el significado siguiente:

"Conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinados a la protección de menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes". (12)

Esta definición ya es mucho más completa que la anterior, pues abarca los principales aspectos de la patria potestad y nos da una idea bastante clara de lo que por la misma se entiende. Aún así, en la misma fantasía completar indicando cuales serían las facultades deberes, o por lo menos especificar que éstos tienen que estar previstos en la ley.

El ilustre maestro Planiol la define como:

"El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos menores, para

(12) PINA DE Rafael, *Diccionario de Derecho*, 7a. edición, México; Editorial Porrúa: 1978, p. 300.

permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (13)

En esta definición por ser de derecho francés y antiguo no se hace mención de los abuelos, ya que estos no intervenían en la institución en análisis, así como tampoco se hace mención de los adoptantes. Solamente se habla de derechos y facultades, sin tomar en cuenta que esta figura está también formada por las obligaciones que acarrea.

Por su parte el Licenciado Ignacio Galindo Garfias sostiene que la patria potestad es:

"La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. En esta manera aquella autoridad no es propiamente una potestad sino una función propia de la paternidad y la maternidad".
(14)

(13) PLANIOL Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 12a. Edición, Puebla, México; Editorial Cajica, T. II. p. 251.

(14) GALINDO GARFIAS Ignacio, *Derecho Civil*, 5a. Edición, México, Ed. Porrúa. 1983, p. 668.

II.2. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

En el derecho romano la patria potestad era considerada como una institución en favor del padre por el cual se ejercía la potestad paterna. Esta figura fue evolucionando a través del tiempo, como ya sabemos en las páginas anteriores, hasta llegar al derecho moderno en el que se encuentra su justificación en el bienestar de los hijos. El sentido de la patria potestad en el derecho moderno considera como una función social y como un conjunto de facultades dirigidas al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone; por ello es que la patria potestad ya no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a aquellos encomendada a beneficio de éstos.

El titular tiene facultades que no conforme en sentido técnico un derecho subjetivo, sino más bien una potestad, como ya lo vimos por lo que el derecho subjetivo es el libre ejercicio, y se da en beneficio de quien lo ostenta, mientras que las potestades son poderes enderezados al interés de otra y estrechamente ligados con el cumplimiento de tales deberes.

El fundamento de la patria potestad es de derecho natural.

El poder paterno radica en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión compuesta de derechos y deberes de asistir, educar y formar a los hijos.

Este criterio lo encontramos sustentado por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD NATURALEZA DE LA.- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmando por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones paterno filiales, independiente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él. (15)

II.3. DEFINICION LEGAL

Ni el Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ni en los Códigos o Leyes anteriores de 1928, existe un artículo que nos diga expresamente los que deba entenderse por patria potestad; pero en algunos de las disposiciones se encuentran los elementos esenciales de esta figura jurídica.

(15) Amparo Directo 5391 72.- Carlos Miguel Rocha Escudero 12 de julio 1973. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ernesto Solís López Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 55. 4a. parte julio 1973. Tercer Sala. p. 47.

Del artículo 412 deriva cuales son los sujetos pasivos de esta relación; los hijos menores de edad no emancipados. Sobre los hijos de matrimonio, la patria potestad se ejerce:

1. Por el padre y la madre.
2. Por el abuelo y la abuela paterna.
3. Por el abuelo y la abuela maternos.

Mientras que sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio se presentan dos supuestos:

El primero de los supuestos se refiere al caso en que los progenitores han reconocido al hijo fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Y el segundo refiriéndose al caso en que los progenitores vivan separados, en tal supuesto se observará lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Así es como se encuentran establecidos los sujetos activos en esta institución.

El objeto de la institución comprende tanto a la persona como a los bienes de los hijos, y su finalidad es la guarda, protección y educación de los menores.

Una vez analizadas las definiciones de algunos tratadistas y de ver los artículos del Código Civil que nos orientarían hacia una definición, propongo un concepto propio tratando de abarcar sus principales aspectos.

"La patria potestad es una institución jurídica que comprende tanto las facultades como los deberes que tiene los padres (o personas que los adopten), y a falta de ellos los abuelos, sobre la persona y los bienes de sus hijos) (o nietos en su caso) menores no emancipados, para lograr el desarrollo de los mismos, a través del sostenimiento, de la educación y asistencia, así como de su protección actualizando los supuestos enmarcados en la ley para el ejercicio de la misma".

Decimos que es una institución jurídica, ya que se encuentra regulada por la ley, entendiéndolo por institución jurídica, siguiendo lo que nos dice Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho:

"Conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo por consiguiente un ensayo más o menos definido de tipificación de relaciones civiles". (16)

(16) DE PINA Rafael, *Op. Cit.* p. 126.

II.4. ELEMENTOS COMUNES

Existen elementos comunes como son:

- 1) Es un deber derecho, es decir, apareja los mismos derechos y obligaciones, los cuales son analizados más adelante.
- 2) Estos derechos deberes son concebidos por la ley, o sea que el contenido por la patria potestad se encuentra regulado por disposiciones legales para su cumplimiento.
- 3) Es una función atribuida a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.
- 4) La finalidad de esta institución puede resumirse como la educación y protección a los hijos.

II.5 CARACTERISTICAS

- A) Es una institución de orden público, ya que los bienes que protejen interesan a la sociedad.
- B) Tienen el carácter de irrenunciable, pues quienes la ejercen no pueden renunciar a cumplir con los deberes que la misma impone.

Estas características de irrenunciabilidad se

encuentran sustentada por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LA. Por que si la actora, hoy tercero perjudicada en el capítulo de hechos, de su demanda inicial, reclamó el pago de una pensión alimenticia para su menor hijo y además acompañado el acta de nacimiento de éste, resulta irrelevante que al inicio de la demanda tan sólo hayan manifestado que lo hacían por su propio derecho, puesto que a través de una correcta interpretación se debe entender que lo hacía también en el ejercicio del derecho de patria potestad que ejercía sobre el menor, mismo derecho el cual es irrenunciable, puesto que se encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de un interés, sino que por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas, concluyen, por ello en la idea de potestad junto al elemento del poder jurídico un elemento de poder o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 60. del citado Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio, no lo es, a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que renunciarse a esta potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio del tercer, entendido el orden público y en

perjuicio del tercero como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte la renuncia siempre se producirá en perjuicio del tercero cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente el que la madre se libere de aquellos deberes que la patria potestad le impone, y en consecuencia la responsable no violó el principio de congruencia que establece el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, por que la demanda debe apreciarse íntegramente y además, no sólo en forma literal por alguna expresión aislada y si de los hechos narrados y de las pruebas aportadas, sin que exista excepción de éste último se demuestra que accionó por sí y por su menor hijo, es evidente que sin litis sobre el derecho a demandar por alimentos a nombre de su menor hijo. Y por los hechos justificados, el fallo es congruente. (17)

Con esta excepción el carácter de irrenunciabilidad, la ley prevé dos supuestos en los cuales las personas llamadas a ejercer la patria potestad, podrán disculparse de su cumplimiento. Estos dos casos son:

a) Cuando tengan sesenta años cumplidos.

(17) Amparo Directo 4434/73. Luis Correa Rosales. 15 de Noviembre de 1974. Unanimidad de votos cuatro. Ponente J. Ramón Palacios Vargas - Secretario Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. Tercera Sala p. 50.

- b) Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño (artículo 488 C.C).
- c) Son derechos personalísimos, y por lo tanto, indelegables e intransferibles.

Con respecto a esta característica, el Lic. Ignacio Galindo Garfias nos dice lo siguiente:

"La patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponda el ejercicio de ella. Excepcionalmente la patria potestad se transmite en el caso de adopción. En efecto, el artículo 403 del Código Civil establece que los derechos y las obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, por que entonces se ejercerá por ambos cónyuges. La patria potestad es intransmisible por la voluntad de los particulares; sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de la familia haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado". (18)

(18) GALINDO GARCÍAS Ignacio, Op. Cit. p. 126.

- d) Son facultades-deberes temporales ya que se extinguen al llegar los menores a su mayoría de edad o emanciparse, tal como se concluye interpretando a contrario sensu el artículo 412 antes citados.
- e) Es una obligación de trato sucesivo, ya que requiere de una conducta constante para lograr su cometido.
- f) Es imprescriptible, ya que los derechos y deberes que se derivan de ellas no se extinguen con el transcurso del tiempo, o sea, el hecho de que aunque determinado tiempo este derecho no sea ejercitado, no se pierde, por lo cual el beneficiario puede solicitar en cualquier momento se le autorice ejercerlo.

CAPITULO III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA PATRIA POTESTAD

III.1. PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD

En virtud de ser la relación que integra la patria potestad una obligación compleja, es decir con prestaciones a favor y en contra de las personas colocadas en ambos extremos del vínculo, es imposible determinar de una manera general como deudor o acreedor a los sujetos que la integran; por lo cual para hacer referencia a quienes en ella intervienen utilizaré para distinguirlos los denominados de personas encargadas de ejercer la patria potestad.

III.2. PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD ELEMENTOS SUBJETIVOS

En tiempos prehistóricos, el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones para con los hijos los más seguro es que correspondiera a la madre, pues de acuerdo a la cita que realiza José Castán Tobeñas de la obra Bachofen al ser la promiscuidad sexual el régimen primitivo familiar, se produjo la incertidumbre de la paternidad, dándose como consecuencia necesaria la familia materna.

En el Derecho Romano, como ya antes tuve oportunidad de mencionar, el ejercicio de la patria potestad estaba

confiado exclusivamente al "pater-familias", cargo este último que correspondía al más viejo de los ascendientes varones en línea recta. Ya en el derecho de la corona de Castilla, se establece concretamente en las siete partidas al padre como titular de la patria potestad, dejándose también cierta participación a la madre hasta que el menor sujeto a la potestad alcanzará LA EDAD DE TRES AÑOS Y ÚNICAMENTE EN EL ASPECTO ONEROSO QUE LA MISMA IMPLICABA, o sea en cuanto a los ciudadanos que se deben tener para con el hijo.

Lo anterior asimiló la patria potestad a la institución de la hadana, proveniente del Derecho Musulmán de lo cual José María Castán Vazquez expresa:

"En lo que se refiere, concretamente, a la patria potestad de la madre, el Derecho Musulmán ha sabido anuar en el período islámico, los principios de la autoridad paterna y de la patria potestad.

La coexistencia de ambos se logra en la institución de la Hadan, especie de tutela atribuida a la madre sobre los hijos para procurarles los peculiares cuidados

(19) CASTAN TOBEÑAS José, *Op. Cit.* p. 141.

maternos..."(20)

De esta manera, se ha ido entendiendo el derecho de encargarse de la patria potestad a ambos progenitores existiendo actualmente en Derecho Comparado básicamente dos corrientes; la primera que reconoce tal derecho al padre y únicamente ante su falta, imposibilidad o impedimento lo confiere a la madre (21); y la segunda que otorga tal derecho en forma conjunta al padre y a la madre. (22)

En virtud del cambio paulatino que ha operado en la reglamentación de este punto de la patria potestad dentro del derecho mexicano, es conveniente hacer un poco de prehistoria y estudiar por separado las codificaciones que lo ha regulado.

(20) CASTAN VAZQUEZ José María. Op. Cit. p. 79.

(21) En dicho sentido entre otros el Derecho Francés, Italiano y Español.

(22) En dicho sentido Código Suizo y Soviético.

CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884

Analizaré en forma conjunta el contenido de las condificaciones de 1870 y 1884 debido a que sus disposiciones sobre el punto en cuestión son idénticas.

Ambas condificaciones para la reglamentación de la patria potestad en cuanto a las personas capaces de ejercerla partieron de dos principios: la superioridad varonil y la unidad de la autoridad.

La superioridad varonil, como principio guiador de la voluntad legislativa, se manifestó al otorgamiento de la posibilidad de ocupar en primer lugar el ejercicio de la patria potestad a los varones, excepción hecha de la madre, en relación con los abuelos paterno y materno asimismo, expreso en el orden señalado para los abuelos, al colocar preferentemente a los paternos.

En principio de la unidad de autoridad, según el cual por escencia ésta debe de radicar en una persona (23), se estableció al otorgarse el derecho a ocupar sucesivamente el puesto para ejercer la Patria Potestad en forma individual a un sujeto.

(23) PUIG PEÑA Federico, *Op. Cit.* p. 209.

Así, el ejercicio de la patria potestad durante la vigencia de dichos Códigos habría de corresponder en orden de preferencia al padre, a su muerte, interdicción o ausencia, la madre y así sucesivamente al abuelo paterno, abuelo materno, según lo dispuesto en los artículos 392 y 266 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, respectivamente.

La sustitución en el ejercicio de la patria potestad se realiza automáticamente al colocarse el cargo de ejercerla en los supuestos de suspensión o pérdida del derecho a ejercer la patria potestad designados por el legislador, sin necesidad de declaración judicial, pasando a ocupar el cargo la persona que siguiese en el orden marcado por la ley.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

La reglamentación de los sujetos llamados a ejercer la patria potestad en la Ley sobre Relaciones Familiares reflejó un cambio fundamental al atribuirse el ejercicio de la patria potestad en forma simultánea al padre y a la madre y a los abuelos y abuelas, dando así de hecho fin, a los dos principios que habían fundamentado la reglamentación de este punto en las codificaciones anteriores, colocando en igualdad de circunstancias al

hombre y a la mujer con relación a los hijos.

De acuerdo a los dispuesto por el artículo 241 de la Ley sobre Relaciones Familiares el ejercicio de la patria potestad corresponde en orden de preferencia al padre y a la madre, al abuelo paterno y a la abuela paterna y finalmente al abuelo y abuela maternos.

Por lo que toca al sistema en que se operaba la sustitución, el último párrafo del artículo 242 de la ley estableció que la falta de una de las personas que integran las parejas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, no priva al sobreviviente de tal derecho continuado exclusivamente al sobreviviente ejerciéndola.

Por otra parte, subsistió al sistema Ope-Legis para entrar en su ejercicio, pues, el orden se encontraba determinado por el legislador.

Una última aclaración he de realizar en el estudio de esta ley, si bien al igual que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares colocó bajo la patria potestad a los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos; ésta última, por ser la única de ellas que reguló la adopción limitó el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos adoptivos, a los adoptantes, pues, de acuerdo con el artículo 231 los derechos y obligaciones que confiere la adopción se limitan

únicamente al adoptante y al adoptado.

CODIGO CIVIL DE 1928

Por ser el Código Civil vigente y ante la complejidad con que reglamentó el ejercicio de la patria potestad en su análisis es conveniente partir desde su exposición de motivos. A continuación me permito transcribir un párrafo de dicha exposición.

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos...". (24)

Del párrafo anterior, se desprende una inmensa buena voluntad por parte del legislador del 28, sin embargo, no alcanzó a comprender en que la legislación ya que de ninguna de las codificaciones antes analizadas realizó dicha distinción al regular la patria potestad, siendo aún más difícil de entender la idea antes transcrita, si se toma en cuenta que el Código Civil de 1928, si existe esa diferencia y no sólo de nombre sino también en el

(24) GARCIA TELLEZ, *Motivos Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, México 1932, p. 22*

tratamiento que se les da.

Al hacer el legislador de 1928 la distinción que supuestamente trataba de eliminar, la reglamentación de los sujetos a quienes otorgó el derecho de ejercer la patria potestad, se complicó de tal forma que para su análisis es indispensable hacer una división para la cual, utilizaré como referencia la clasificación realizada por el legislador, en hijos de matrimonios, hijos nacidos fuera de matrimonio, e hijos adoptivos.

B) PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO.

De acuerdo al artículo 414 del Código Civil tiene derecho a ejercer la patria potesta sobre los hijos de matrimonio, el padre y la madre, el abuelo y la abuela paternos, abuelos maternos.

En cuanto a la forma de su ejercicio, se continuó el sistema establecido por la ley sobre relaciones familiares debiendo ejercerse en forma conjunta, en el entendido que la falta o impedimento de una de las dos personas que se encuentran ejerciéndola, no priva a la otra de este derecho.

Por lo que toca al orden en que los abuelos sustituyen a los padres, es necesario hacer una distinción, pues, a

partir de la reforma el artículo 418 del Código Civil publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974 existen dos interpretaciones al respecto.

TEXTO ANTERIOR DEL CODIGO CIVIL.

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

REFORMA DE 1975

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

Antes de la reforma de 1974, el orden de sustitución de los abuelos, se encontraba predeterminado por el legislador de acuerdo al artículo 420 que es del tenor literal siguiente:

"ART. 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores..."

Al remitir el artículo antes transcrito el orden indicado por los artículos que le anteceden, y ser el supuesto previsto por el artículo 418, aplicable únicamente al hijo nacido fuera de matrimonio, el orden de sustitución de los abuelos, tratándose de los hijos de matrimonio se desprendía del artículo 414, de modo que en el primer término ocuparían el cargo de los abuelos paternos y a su falta o impedimento los abuelos maternos.

Después de la reforma ya citada, se han dividido las opiniones, existiendo dos interpretaciones en cuanto a las normas que regulan dicho orden de sustitución. (25)

La primera, haciendo una interpretación histórica del artículo 418, estima que su reforma no influye de manera alguna en el orden que han de sustituirse los abuelos en el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo de matrimonio, pues originalmente el artículo 418 regulaba exclusivamente el supuesto del hijo nacido fuera de matrimonio basándose también en el artículo 414 no sólo otorga derecho a las personas que indica, sino también determina un orden de preferencia en cambio, tratándose de

(25) SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, ed. Porrúa, S.A México 1979, p. 81

hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 418 cumple dos objetivos: otorgar el derecho a los abuelos y determinar el orden de preferencia. (26)

La segunda interpretación se basa en tres fundamentos;; primero, la ratio-legis de la reforma de 1974, consistente en colocar en un plano de igualdad y hombre y a la mujer motivo este por el cual no existe razón alguna para colocar preferentemente a los abuelos paternos.

El segundo fundamento, radica en la eliminación dentro del supuesto del artículo 418 del término, hijo reconocido por lo cual estiman que es igualmente aplicable dicho artículo al hijo de matrimonio.

El tercero que tiene por finalidad salvar la objeción de la falta que consistió en lo que realizó el legislador al no haber modificado la redacción del artículo 420, consistente en estimar que dicho artículo se encuentra parcialmente reformado de acuerdo al principio de que la ley posterior deroga a la anterior. De todo lo anterior, concluyan la aplicación del artículo 418 tanto a hijos de matrimonio como los hijos nacidos fuera de matrimonio y por

(26) Partidario de esta interpretación sin realizar los razonamientos, apuntados en Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia Ed. Porrúa, S.A México 1979 p. 81

consiguiente estiman es facultad del Juez determinar el orden de sustitución de los abuelos.

En lo personal, me adhiero a la segunda interpretación tanto por sus fundamentos a los que agregaría el principio que establece que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, como por considerar más prudente se determine por el Juez quien de los abuelos es más apto para ocupar el cargo.

PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO.

Antes de analizar los artículos que reglamentan el ejercicio de la patria potestad sobre los llamados hijos nacidos fuera del matrimonio, es conveniente hacer notar lo incorrecto de la denominación que se les da, y ya que el legislador equivocadamente partió del momento de nacimiento y no de la concepción del menor para darles este nombre, en mi opinión, la denominación correcta debería de ser hijos concebidos fuera de matrimonio, sin embargo para dar claridad a la exposición en el presente trabajo, continuará utilizando el nombre que les ha dado la ley. En el estudio articulado que regula el ejercicio de la patria potestad por los progenitores de este tipo de hijos, es necesario hacer una distinción más según vivan juntos o separados.

**PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO
NACIDO FUERA DE MATRIMONIO CUANDO LOS PROGENITORES VIVEN
JUNTOS.**

Estarán encargados del ejercicio de la patria potestad del menor nacido fuera de matrimonio de acuerdo con el artículo 415 primer párrafo del Código Civil los dos padres, cuando ambos lo hayan reconocido y vivan juntos.

Al separarse los progenitores, continuará ejerciendo la patria potestad el que ellos acuerden a falta de convenio entre los encargados de ejercerla será el Juez de lo familiar quien decida cuál de los dos padres continuará en ejercicio de la patria potestad al tenor de lo dispuesto por el artículo 417 del Código Civil.

Lo anterior es digno de crítica por varios motivos primero hace depender el ejercicio conjunto de la patria potestad de la convivencia, hecho éste último, que exclusivamente incumbe la custodia y no a la totalidad de los derechos con llegar a ejercer la patria potestad; segundo, deja exclusivamente a la voluntad de los padres determinar quien de ellos continúa en ejercicio, sin exigir la intervención judicial que resguarde los intereses del menor, así mismo, no incida la forma a que debe sujetarse dicho convenio lo cual hace prácticamente inoperante el mismo.

Lo correcto, sería que dicha separación de los padres exclusivamente produjera efectos sobre la custodia del menor tal como ocurre en los hijos de matrimonio en los casos provistos para nulidad de matrimonio en el artículo 259 y divorcio en el artículo 283 tercera regla, teniendo por lo tanto como indispensable la intervención judicial.

PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD Y VIVEN RESPECTO DEL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO CUANDO LOS PROGENITORES VIVEN SEPARADOS.

A reserva de realizar más adelante otra distinción es conveniente hacer una aclaración ante la confusión de conceptos en que incurrió el legislador del 28 al reglamentar el ejercicio de la patria potestad con relación al hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres no viven juntos. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 415 del Código Civil, el ejercicio de la patria potestad en este caso regirá por lo dispuesto en los artículos 380 y 381 del mismo ordenamiento, los cuales, reglamentan respectivamente los efectos del reconocimiento simultáneo y sucesivo del hijo, en relación a la custodia del menor en el ejercicio de la patria potestad.

Ante la diferencia de los términos en dichos artículos es necesario interpretar con base en lo dispuesto por el artículo 416 del Código Civil la voluntad del legislador en el sentido de que al referirse a la custodia, en realidad tomó ésta última, no como parte de los efectos de la patria potestad, sino asimilándola a ella. (27)

Por lo anterior es indispensable examinar por separado cada situación según el menor haya sido reconocido simultáneamente o sucesivamente.

Para los hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos progenitores separados y los haya reconocido simultáneamente, el artículo 380 del Código Civil establece como persona encargada de ejercer la patria potestad el que ellos acuerden y a falta de acuerdo, el que designe el Juez de lo familiar con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

En caso de no haber sido reconocido sucesivamente el menor cuyos progenitores viven separados el artículo 381 del Código Civil otorga el derecho a ejercer la patria potestad al que lo hubiere reconocido primero, salvo que se

(27) GALINDO GARFIAS, Ignacio interpreta en sentido opuesto Op. Cit. p. 666

convirtiere otra cosa entre los padres y dicho convenio fuese aprobado por el Juez de lo familiar con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

En los dos casos antes analizados, cuando por cualquier causa deje de ejercer la patria potestad el progenitor al cual le corresponde, entrará a ejercerla el otro de acuerdo a lo establecido en el artículo 416 del Código Civil.

Tanto el caso de reconocimiento sucesivo como simultáneo ameritan las mismas críticas que las hechas anteriormente al artículo 417 a las cuales me remito.

El orden en que entrarán a sustituir a los padres del hijo nacido fuera del matrimonio los abuelos paternos y maternos en el Código vigente, también ha sido regulado de dos diferentes maneras por lo cual dividirá se estudio en dos etapas, antes y después de la reforma de 1975.

Antes de la reforma de 1975 el artículo 418 del Código Civil, el orden establecido por el legislador en el artículo 414 de la misma codificación daba la pauta por lo que en el primer término, a falta de los padres entrarían a ejercer la patria potestad los abuelos paternos y la falta o impedimento de éstos, los abuelos maternos, sin ser necesaria la declaración judicial en dicho sentido.

Actualmente de acuerdo a la reforma que sufrió el artículo 418 del Código Civil, el orden en que los abuelos

entrarán a sustituir a los padres en el ejercicio de la patria potestad, es determinado por el Juez de lo familiar.

PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL HIJO ADOPTIVO

Para evitar interpretaciones erróneas en cuanto a las personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad en relación con el hijo adoptivo y aclarando lo establecido por el artículo 402 del Código Civil que limita los derechos y obligaciones nacientes de la adopción al adoptante y adoptado, en el artículo 419 del Código Civil, se dispone que gozarán de derecho a ejercer la patria potestad sobre el menor adoptado únicamente las personas que lo adoptan.

De lo anterior, se deduce que tratándose de hijos adoptivos, no existe más persona con derecho a ejercer la patria potestad, pues aún cuando existiesen los padres naturales del hijo adoptivo, carecería de derecho según lo dispuesto por el artículo 403 del Código Civil que declara la patria potestad como el único efecto extintivo de la adopción para con los parientes naturales del adoptado.

Como puede observarse con antogónicas la voluntad manifestada por el legislador, del 28 en la exposición de motivos y la expresada ya en la reglamentación de la patria

potestad. No sólo creó la diferencia que pretendía borrar, la cual lo llevo a darle distinto tratamiento a cada tipo de hijo, cosa que ninguna de las tres codificaciones anteriores habían realizado, sino también desprotegió al hijo concebido fuera de matrimonio que es quien más lo necesita y destruyó de paso a la mayoría de la doctrina que estima el derecho de ejercer la patria potestad como intransmisible y establece el ejercicio de la patria potestad como un derecho irrenunciable.

Junto a los errores antes mencionados, el legislador de 1928 incurrió en uno más de tener la evolución de la institución mediante el mantenimiento del derecho a ejercer la patria potestad a los abuelos, a quienes hoy en día la doctrina y legislación no les reconoce sino un derecho a participar en la institución subsidiaria de la patria potestad denominada tutela, al respecto José María Castán Vázquez expresa:

" Solamente el padre y la madre pueden ejercer la patria potestad. A los abuelos y los restantes parientes de un menor les cabe ser llamados a funciones protectoras pero en concepto de tutores; y la tutela y la patria potestad son, en nuestro derecho, instituciones diferentes aunque vecinas".

III.2. PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESAD

Desde la vigencia del Código Civil de 1870 hasta la actual codificación, con una pequeña variante en la Ley sobre Relaciones Familiares, se han establecido como requisitos para la persona sobre la que se ejerce la patria potestad, ser menor de edad, no estar emancipado y constar con un ascendiente con derecho a ejercer sobre él la patria potestad.

MENOR DE EDAD

Etimológicamente, la palabra menor proviene del latín "minor", adjetivo calificativo que significa más pequeño el sustantivo edad, proviene del latín antes que significa tiempo transcurrido desde el nacimiento.

Jurídicamente puede conceptuarse como la situación en que se encuentra una persona por su incipiente desarrollo, causa de su restricción a su personalidad con la finalidad de protegerla.

Doctrinalmente, existen dos corrientes con diferentes sistemas para determinar el momento en que cesa este estado. El sistema de la doctrina subjetiva de acuerdo a la cual se requiere examinar cada caso concreto para poder apreciar si la persona ha alcanzado un desarrollo suficiente y con base en dicho examen declarar su mayoría

de edad y la doctrina objetiva, que de una manera general establece cierta edad límite, alcanzada la cual automáticamente se adquiere la mayoría. (28)

En el sistema jurídico mexicano, ha sido regulada de acuerdo a la teoría objetiva, fijándose durante la vigencia de los Códigos Civiles de 19870 y 1884, Ley sobre Relaciones Familiares y hasta antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1969 el Código Civil vigente, los veintiún años como su límite, sin embargo, de acuerdo a la Reforma antes señalada se disminuyó a la edad de dieciocho años.

Como requisito de la patria potestad a diferencia de cuando lo es de la tutela, la minoría de edad no es necesario que sea declarada judicialmente. (29)

Si bien el sistema adoptado por la legislación mexicana de el más práctico y sencillo para determinar el momento en que cesa este estado, presenta el inconveniente de ser demasiado rígido.

(28) MENDIZABAL OSES, Luis. Op. Cit. pág. 41.

(29) Ver art. 902 del Código de Procedimientos Civiles.

EMANCIPACION

La palabra emancipación proviene del latín "emancipare" y significa soltarse de la mano.

Jurídicamente puede definirse como la situación de un menor de edad que ha salido del control de las instituciones protectoras (patria potestad y tutela), adquiriendo al mismo tiempo una cierta capacidad de ejercicio intermedia entre la mayoría y la minoría de edad.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se establecían para el menor de edad sujeto a la patria potestad dos causas creadoras de tal situación, el matrimonio, conociéndose su efecto como emancipación legal y la emancipación voluntaria producida por el consentimiento del encargado de ejercer la patria potestad del menor de dieciocho años, pero no menor de veintiuno, siempre que el menor estuviese de acuerdo y fuese aprobada por el Juez, produciendo ambos tipos, efectos tanto sobre la persona como sobre los bienes del menor, atribuyéndose así una capacidad de ejercicio limitada por lo que toca a enajenación o gravamen de inmuebles, negocios judiciales y celebración de matrimonio.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se establecía únicamente un supuesto que daba origen a la emancipación del matrimonio del menor, que producía a diferencia de los

Códigos anteriores, efectos parciales, pues no existían modo de extinguirse por completo la patria potestad, ya que exclusivamente confería al menor la capacidad de ejercicio en relación con asuntos no patrimoniales, excepción hecha de la capacidad procesal, continuando sus bienes bajo la administración de quienes ejercían la patria potestad.

El Código Civil vigente, antes de la Reforma de 1969 que disminuyó la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad, establecía como medios la emancipación, el matrimonio y la declaración judicial dictada a solicitud del mayor de 18 años sujeto a patria potestad o de aquellos que se encontraran ejerciendo sobre él la patria potestad produciendo ambos tipos, efectos tanto sobre la persona, como sobre sus bienes, sin embargo, a partir de la Reforma de 69 subsistió únicamente el matrimonio como creador del estado de emancipación y como efecto de dicho estado, se le confiere al menor una capacidad que encuentra limitantes tanto en los actos de repercusión patrimonial como personal. (30)

Este requisito encuentra su razón de ser en la dificultad que entrañaría ser jefe de familia y a la vez estar sometido a la patria potestad.

(30) Ver artículo 149 y 643 del Código Civil para el D.F.

**CONTAR CON UN ASCENDIENTE CON DERECHO A EJERCER SOBRE EL
MENOR LA PATRIA POTESTAD**

Este último requisito es el que marca la diferencia entre la patria potestad y la tutela, para determinar quienes son los ascendientes con derecho a ejercer la patria potestad, me remito a lo expuesto anteriormente.

CAPITULO IV. CONSECUENCIA Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Tradicionalmente, la reglamentación de las consecuencias jurídicas de la patria potestad, se ha realizado partiendo de dos puntos, según los efectos recaigan sobre la persona o bienes del menor, es decir, se toma como base la clasificación patrimonial o extrapatrimonial de las obligaciones lo cual se ha limitado los efectos de la patria potestad al patrimonio y a la persona del menor, motivando, esto sean olvidados o clasificados inmediatamente, buena parte de los derechos y obligaciones que ella origina.

Entre otros se puede mencionar a manera de ejemplo sus efectos sobre el nombre que han sido olvidados y la clasificación como un efecto sobre los bienes del menor.

(31)

Lo más decadente, surge cuando la doctrina al estar analizando sus efectos sobre la patria potestad, lo hace partiendo de la clasificación legal, utilizando como referencia la persona y bienes del menor cayendo así en los

(31) Ver artículo 425 del Código Civil para el D.F.

mismos errores que la legislación. (32)

Por mi parte considero se deben clasificar los efectos de la patria potestad bien sea de acuerdo a los derechos y obligaciones que de ella surgen o de acuerdo al atributo de la personalidad del cual recaen, prefiriendo yo éste último método, en parte para demostrar la equivocación tanto legal como doctrinal al clasificarlos.

Previamente al estudio de los efectos de la patria potestad según el atributo de la personalidad en que se surten consecuencias, es necesario realice una aclaración, para cuya solución habré de salir un poco del tema y dirigirme al campo de la teoría general de las obligaciones, ya que de acuerdo a la doctrina actual es, imposible ubicar algunos efectos de la patria potestad dentro de los atributos de la personalidad existentes, por este motivo, analizaré el objeto y la cosa objetos de las obligaciones.

De acuerdo a la doctrina y a la legislación, las obligaciones se han clasificado por su objeto en obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones

(32) *Así se clasifica la representación como un efecto sobre los bienes, Jorge A. Sánchez Cordero Dávila, Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Civil, T I offset Setenta, S.A. México 1981, p. 781*

de no hacer.

En cuanto a las obligaciones de dar, nuestro Código Civil vigente establece como requisito de la cosa objeto de ellas; existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio (artículos 1824 y 1825).

Por lo que toca a las obligaciones de hacer y no hacer fija como requisito de la cosa objeto el que sea posible y lícito (artículo 1827), pues considera en éstas, el objeto de la obligación y la cosa objeto son lo mismo (33); lo que pienso es una grave confusión ya que siempre no coinciden, al efecto, creo necesario distinguir entre las obligaciones de hacer que tienen por finalidad crear algo y aquellas otras cuya finalidad consiste en conservar o mantener algo ya existente.

En las obligaciones de hacer cuya finalidad es crear definitivamente, existe una coincidencia entre el objeto y la cosa objeto, bastando por lo tanto para su existencia y posible cumplimiento la reunión de los requisitos fijados por el legislador. Por lo que respecta a las obligaciones

(33) CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. Cit.* T III p. 59

de hacer que recaen sobre algo ya existente en virtud de ser diferentes, su objeto y cosa objeto necesitan además de los requisitos fijados para el objeto en el artículo 1827 del Código Civil, otros que deben reunir la cosa objeto para su eficaz cumplimiento, siendo éstos; que la cosa sobre la que recae la acción que exista y sea determinada o determinable en cuanto a su especie.

Debido a la confusión entre estos dos tipos de obligaciones de hacer, se ha excluído por completo la posibilidad de que un ser humano intervenga en la relación jurídica como cosa objeto, pues su intervención como tal, conforme a la técnica existente, únicamente sería factible en obligaciones de dar, lo cual ha llevado participación del ser humano a la relación jurídica, pero, si se toma en cuenta la distinción antes hecha, no existe razón alguna para que una obligación de hacer en la que el objeto y la cosa objeto al cumplirse con los requisitos de la obligación.

Hecha la distinción anterior, tomaré en cuenta las siguientes líneas del español Luis Mendizabal Osés para llegar a una conclusión más.

"El menor en cuanto es persona es sujeto, pero, de hecho, es considerado como cosa u objeto, en estricto sentido jurídico, quizá por no haber sido posible construir lógicamente algunos principios jurídicos si no se le

atribuía al menor esta doble posición.."

"No obstante, se hace difícil comprender y reconocer en la persona del menor una cosa u objeto jurídico. Esta es una estimación que de hecho se produce y que se basa únicamente en un falso concepto, esencialmente confuso, del significado jurídico a la persona y del que deriva ese principio de contradicción, que se opone a que el ser humano puede ser, conjuntamente sujeto y objeto del derecho..." (34)

De todo la anterior se concluye que en algunas de las obligaciones de hacer nacientes de la figura jurídica en cuestión, el menor intervienen en relación jurídica no sólo como persona sino como cosa objeto, jurídicamente hablando. (35)

Pudiendo citarse como ejemplo la obligación de guarda del menor, en la cual personalmente estoy cierta de que el menor interviene tanto como sujeto y como cosa objeto de la obligación.

El paso siguiente, es intentar crear una figura que a través de una ficción, no haga aparecer a la persona como

(34) Luis Mendizabál Oses. p. Cit. pág. 111.

(35) En el mismo sentido Alberto Trabucchiop cit, pág. 399

cosa objeto, lo cual estimo pertinente hacerlo, creando un atributo más de la personalidad pues al ser esta proyección del ser humano en el campo jurídico le corresponde ubicar su intervención en la relación jurídica como cosa, atributo este, que denominaré "objetivo" y abarcará toda intervención del ser humano como cosa objeto de una obligación.

Para ser coherente, con lo antes expuesto, procederé a estudiar los efectos de la patria potestad saliéndome de las líneas tradicionales, según el atributo de la personalidad en que recaigan los efectos, considerando que estos son: Domicilio, Nombre, Capacidad de goce, Estado Civil, Estado Político, Patrimonio, Capacidad de ejercicio y objetivo.

IV.1. EFECTOS SOBRE EL NOMBRE

Etimológicamente, este sustantivo proviene del latín "nomen" y significa nombre.

Jurídicamente es el conjunto de palabras que individualiza a la persona dentro de la sociedad y de la familia tanto en sus relaciones jurídicas como sociales.

En el sistema jurídico mexicano este atributo de la personalidad está integrado por dos elementos conocidos

como: nombre de familia o apellidos y nombre propio o nombre de pila.

En el elemento conocido como nombre de familia tiene por finalidad individualizar al sujeto dentro de las sociedad para ubicarlo dentro de una familia, la forma en que se integra, a falta de disposición expresa por lo que toca a los hijos de matrimonio, ha sido determinada por la costumbre y la interpretación analógica del último párrafo del artículo 58 del Código Civil, (36) de tal manera que el apellido paterno de cada uno de los progenitores lo forman, encontrándose, su fuente en la filiación. (37)

En cuanto al orden en que habrán de colocarse ambos apellidos ante la omisión legal por costumbre se ha colocado en primer lugar el apellido paterno. (38)

El nombre de pila tiene por finalidad individualizar a la persona dentro de la familia que integra y auxilia al interior en su individualización social, debido a su inexplicable falta de reglamentación su integración depende

(36) *SANCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge A. Op. Cit. p. 210.*

(37) *PINA DE Rafael. Op. Cit. p. 210*

(38) *Interpretando a contrario sensu, el artículo 20 del Código Civil para el D.F.*

por completo de la voluntad de la persona como derecho a realizar su elección, por lo cual es conveniente saber a quien corresponde este derecho.

Para determinar los sujetos con derecho a realizar la elección, es necesario examinar previamente una obligación diferente, consistente en la declaración del nacimiento ante el Juez del Registro Civil. (39)

De acuerdo con el artículo 55 del Código Civil, tienen a su cargo la obligación de declarar el nacimiento del menor para levantar el acta correspondiente, los padres, a falta de los abuelos paternos o en su defecto los abuelos maternos obligación ésta, que aún cuando no esté cometida dentro del título correspondiente a la patria potestad por los sujetos, y su finalidad, la considero inherente a ella.

La obligación antes examinada no sólo debe confundirse con la establecida en el segundo párrafo del mismo artículo pues el aviso a que alude dicho segundo párrafo no tiene por finalidad que sea levantada el acta de nacimiento correspondiente.

Dentro de los que habrán de declarar para llenar la forma del Registro Civil, se encuentra el nombre del menor, de los cuales se deduce que el derecho a realizar tal

(39) En el mismo sentido, TRABUCCHI, Alberto, *Op. Cit.* p. 111

elección del nombre, aún cuando no esté consignando como tal, constituye un medio para cumplir la obligación de presentar al menor para levantar el acta del nacimiento correspondiente.

El haber considerado la obligación de declarar el nacimiento como inherente a la patria potestad, estimo que su fuente se encuentra en la misma y por lo tanto, concluyó que la patria potestad si produce un efecto sobre este último efecto del nombre.

IV.2 EFECTOS SOBRE EL DOMICILIO

Proveniente del latín "domiciliun" de "domus", el término significa casa o morada.

Jurídicamente este atributo de la personalidad es el sitio en que una persona se establece a efecto de habitar en él, o bien el lugar establecido por el legislador como constitutivo del domicilio de algunas personas. Su finalidad es la ubicación geográfica de la persona con el objeto de especificar las consecuencias jurídicas que en torno a él se dan, como la competencia jurisdiccional, etc.

(40)

(40) Ver art. 156 Fracción IV de Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

Ordinariamente consta de dos elementos conocidos como subjetivo y objetivo, que comprende respectivamente la voluntad del sujeto de establecerse en ese lugar y su real estancia en el mismo. (41)

El domicilio del menor sujeto a la patria potestad ha sido determinado de manera imperativa por el legislador, razón por la cual se ha clasificado como legal. (42)

El domicilio del menor de edad sujeto a la patria potestad se encuentra reglamentado en su aspecto subjetivo por el artículo 32 fracción primera del Código Civil que es del tenor literal siguiente:

Art. 32.- Se reputa domicilio legal:

1.- Del menor de edad no emancipado, el cual el de la persona cuya patria potestad está sujeto"

A primera vista parece correcta y no presenta dificultades la disposición antes transcrita, que el término "reputa" empleado por la ley, el cual se presta a interpretar el artículo en que contrata de su espíritu, pues tal parece es únicamente una presunción juris-tantum el contenido de la norma y no jure et nure. Por otra parte

(41) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. Cit.* p. 495

(42) MUÑOS, Luis *Derecho Civil Mexicano. T.I. Ediciones Modelo, México 1971*

es conveniente dar un vistazo en torno a sus antecedentes.

Se origina en el Art. 30 de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, al grado de ser prácticamente una transcripción literal de éstos, y si bien su contenido está acorde a la reglamentación que hacían ambas codificaciones de sobre, los sujetos a quienes correspondía el ejercicio de la patria potestad por ejercitarse este derecho exclusivamente por una persona como anteriormente se ha indicado, en la legislación vigente se encuentra en discordancia absoluta, ya que al otorgar ésta última el derecho a ejercer la patria potestad a dos personas en forma conjunta, no es poco común que se dé un caso de duplicidad de domicilio para el menor cuando esas dos personas que ejerzan la patria potestad posean diferentes domicilios.

La anterior consideración de efectos tanto teóricos para atentar contra una de las características necesarias del domicilio como es la unicidad, (43) como práctico por las diversas complicaciones que trae aparejadas, en el fondo no es cierto es sino un resabio más que confirma la

(43) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 490

falta de unidad en la actual codificación.

Surge así, la necesidad de establecer una norma que determine el domicilio de los menores sujetos a LA PATRIA POTESTAD, de tal forma que no deje el camino abierto para crear duplicidad del mismo; dadas las características de la patria potestad, se podría considerar fijarse como domicilio del menor sujeto a ella, el mismo que el de la persona que en su ejercicio tuviera a su cargo la custodia del menor, evitandose así la posible duplicidad de domicilios.

Por lo que concierne al elemento objetivo de este atributo, el legislador en el artículo 421 del Código Civil ha impuesto al menor la obligación de permanecer en la casa de quienes ejercen la patria potestad, mientras se encuentra sujeto a ella, no obstante en virtud de la naturaleza de este domicilio no es indispensable permanecer en él, tal como lo indica Rafael Rojina Villegas, lo cual me hace concluir que por la naturaleza de este domicilio no está integrado por los dos elementos que normalmente forma este atributo de la personalidad, sino exclusivamente por el mando legal.

IV.3 EFECTOS DE LA CAPACIDAD DE GOCE

De los términos "Capacitas (capacidad) y gaudere (gozar) provenientes del latín, se ha puesto la denominación de este atributo de la personalidad que da a la persona la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, es decir, la posibilidad de ser sujeto dentro de una relación jurídica es el atributo de mayor importancia, pues al faltar la persona perdería su calidad de tal dentro del campo jurídico ya que como dice Alberto Trabucchi es la misma personalidad en su actuación respectiva.

Lo anterior se manifiesta en la forma imperativa en que el legislador ha regulado las limitaciones al mismo designado en el artículo 22 del Código Civil, como único acontecimiento susceptible de producir su pérdida y reafirmando en los artículos 1798 del citado ordenamiento su voluntad soberana expresada en la ley como la única capacidad para restringirla, de éstos se deduce la falta de efectos de la patria potestad sobre este atributo.

IV. 4 EFECTOS SOBRE EL ESTADO CIVIL

Este atributo de la personalidad tiene como finalidad establecer la situación que guarda la persona con relación al grupo familiar al que pertenece.

Debido a que los efectos que pueda producir la patria potestad sobre el ESTADO CIVIL con indirectos será necesario examinar previamente los hechos jurídicos con consecuencias jurídicas directas sobre el mismo para así estudiar la influencia de la institución de la determinación de este atributo.

Como hemos visto hechos creadores del derecho civil se encuentran en el nacimiento, la adopción, el matrimonio y finalmente como el acto modificado el divorcio.

El primero de éstos, por estar constituido o por un hecho jurídico (stricto-sensu) queda por completo ajeno a la influencia de la patria potestad. El divorcio por ser un acto posterior al matrimonio que extingue la patria potestad, también queda excluido, por lo cual examinaré exclusivamente los dos restantes.

El artículo 397 del Código Civil entre otros requisitos para que pueda llevarse a cabo la adopción de un menor sujeto a la patria potestad en su fracción primera, exige el consentimiento de las personas encargadas del ejercicio de la patria potestad, de lo cual, se deduce que los efectos de la misma sobre esta fuente del estado civil y por consiguiente sobre el mismo, son absolutos.

En cuanto al matrimonio del menor de edad en el artículo 149 del Código Civil, establece la necesidad de

obtener el consentimiento de los padres a su falta o imposibilidad la de los abuelos paternos o maternos.

De acuerdo a lo dispuesto por esta norma podría concluirse que se basa en el parentesco y no en la patria potestad conforme a su redacción, quedaría dentro del supuesto un menor de edad emancipado, es decir no sujeto a la patria potestad.

No obstante lo anterior debido a una errónea comprensión de conceptos por el legislador el artículo 156 del Código Civil en su fracción segunda hace referencia expresa al consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad como un impedimento para la celebración del matrimonio, como si ésta fuera el supuesto contemplado por el artículo 149.

Ante tal disyuntiva, personalmente considero que tratándose de menores de edad no emancipados la razón de tal requisito se encuentra en la patria potestad, sin embargo, dicho efecto de la patria potestad sobre esta fuente de estado civil, no acarrea las mismas consecuencias que tratándose de la adopción en virtud del artículo 151, del Código Civil; se provee la suplencia del consentimiento de las personas encargadas de ejercer la patria potestad, ante su negativa.

IV.5 EFECTOS SOBRE EL ESTADO POLITICO

Los orígenes de los dos vocablos que integran la denominación de este atributo de la personalidad son: Estado del latín "status", que significa situación de una persona o cosa; Político del griego "Politiké", que significa asunto con relación al estado, EL ESTADO político por lo tanto es la relación que guarda una persona con respecto del estado.

En el derecho positivo mexicano este atributo comprende la nacionalidad y la ciudadanía.

En cuanto a la nacionalidad el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; establece:

"...A) Son mexicanos por nacimiento;

I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres,

II.- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana.

III.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización.

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de

Relaciones Exteriores una carta de naturalización, y
II.- La mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con mujer o con varón mexicanos y que tengan o establezcan su domicilio dentro de territorio nacional.

Si se analiza cada una de dichas fracciones se concluye rápidamente la falta de influencia de la patria potestad para la adquisición de la nacionalidad mexicana.

Sin embargo, en el artículo 43 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización se encuentra un defecto indirecto de la patria potestad, sobre la nacionalidad. A continuación transcribo dicho artículo;

"ARTICULO 43.- Los hijos sujetos a la patria potestad de extranjeros que se naturalicen mexicanos se considerarán naturalizados mediante declaratoria de la Secretaría de Relaciones Exteriores, su residencia en territorio no nacional..."

Por lo que toca a la pérdida de la nacionalidad únicamente tomare en cuenta una de las cuales, la contenida en el tercer inciso del artículo 37 fracción A, de la Constitución Política Mexicana o sea, la residencia durante 5 años continuos en su país de origen tratándose de mexicanos por naturalización, causal esta que al reaccionarla con la obligación de permanecer en el domicilio de quien ejerza la patria potestad, contenida en

el artículo 421 del Código Civil, daría como resultado en una hipótesis un poco complicada que al cambiar el domicilio de los encargados de ejercer la patria potestad en su lugar de origen durante el período exigido por la disposición constitucional el menor perdiese la nacionalidad mexicana como efecto de incumplimiento a una obligación naciente de la patria potestad.

En cuanto a la adquisición y pérdida de la ciudadanía en virtud de ser requisito para la adquisición; haber cumplido 18 años, o sea, haber alcanzado la mayoría de edad que da fin a la patria potestad, no es posible que la patria potestad pueda producir efecto alguno sobre ella.

IV.6 EFECTOS SOBRE EL PATRIMONIO

El término patrimonio proviene de latín "Patrimonium" que significa conjunto de bienes.

Jurídicamente es el atributo de la personalidad que comprende el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecunaria.

Debido a las condiciones especiales que presenta el titular, el legislador al reglamentar tuvo la necesidad de dividirlo mediante una clasificación acorde a la procedencia de los derechos y obligaciones que lo integran,

resultando así dos tipos de bienes, los procedentes del trabajo del menor y los adquiridos por cualquier otro título.

La anterior clasificación da como resultado una reglamentación diferente para cada una de los dichos bienes, de manera que exclusivamente los adquiridos por título diferente al trabajo del menor, producen un efecto anormal en que el patrimonio de su titular ya que de acuerdo con el art. 430 del Código Civil un derecho de evidente apreciación, pecunaria como el usufructo de esa clase de bienes, corresponde en un 50% a quien ejerce la patria potestad, excepción hecha del usufructo de los bienes adquiridos por herencia legado o donación cuando el testador o donante, haya expresado otro destino para el 50% del usufructo correspondiente a los encargados de ejercer la patria potestad.

El derecho sobre el 50% del usufructo de los bienes del menor surge desde el momento en que las personas entran en ejercicio de la patria potestad y surge efecto exclusivamente sobre los frutos que se generen a partir de ese momento. (44)

(44) Artículo 433 del Código Civil para el D.F.

Es susceptible de renuncia la cual será considerada como donación en favor del menor. Se extingue por las causas enumeradas en el artículo 438 del Código Civil lo cual confirma el error de quienes pretenden encontrar su razón de ser en una remuneración por la carga que implica la administración de esos bienes. (45)

Pues no por renuncia al usufructo se deja de tener obligación de administrar los bienes o viceversa.

En lo personal no encuentro justificante alguna para la existencia de este derecho al 50% del usufructo sobre los bienes del menor, menos aún cuando el artículo 319 del Código Civil establece que este 50% del usufructo corresponde a los que ejercen la patria potestad, se utilizará para sufragar los gastos de alimentos del menor, con esta última disposición se mezclan figuras diferentes, y no refleja más que un completo desconocimiento de los principios básicos en el derecho de alimentos.

Encuentra justificante a este derecho de los padres Henri León y Jean Mazeaud, quienes dicen:

"...Sin embargo, cabe alegar a favor de su mantenimiento, la autoridad paterna se ejerce no sólo en

(45) SANCHEZ CORDERO Jorge A. Op. Cit. p. 728

interés del hijo sino de la familia; y especialmente de los hermanos y hermanas del hijo; el derecho de goce legal debe reflejar esa idea en el terreno pecuniario en efecto, resultaría inconveniente que un hijo más favorecido... Tuviera en la familia una situación mejor que la de sus hermanos.

El derecho de goce legal al hacer al padre el propietario de los ingresos del hijo le permite mejorar la situación de toda la familia. Aparece así como una institución igualitaria sobre todo tiene la ventaja de legalizar una situación de hecho; la ausencia de rendición de cuentas por parte de los padre además es preciso reconocer, que en la práctica, las cuentas no son mejores llevadas cuando el hijo alcanza los 18 años". (46)

IV.7 EFECTOS SOBRE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

Este atributo de la personalidad supone la posibilidad jurídica de hacer frente personalmente a los derechos y obligaciones de que se es titular.

Normalmente implica una madurez mental que permite a la persona el discernimiento necesario para adoptar tal

(46) LEON, HENRY y MEZEAUD Jean. *Op. Cit.* p. 101

postura y su ausencia constituye una restricción a la personalidad tal como lo establece el artículo 23 del Código Civil.

El menor de edad por su estado normal de desarrollo en principio carece de capacidad de ejercicio, motivo por el cual necesita de una persona que actualice sus derechos en su representación.

Siendo la representación del menor sujeto a patria potestad una de las principales finalidades de la institución, el legislador en el artículo 425 del Código Civil designa a los encargados de su ejercicio como legítimos representantes del menor sujeto a ella.

Al corresponder normalmente el ejercicio de la patria potestad a dos personas, surge la interrogante de la forma, conjunto o separada, que habrá de representarse al menor. Para responder a lo anterior creo necesario realizar una distinción, según se trate de representar al menor en actor de contenido patrimonial o en actos de contenido extrapatrimonial.

En los actos de contenido extrapatrimonial, la representación del menor ha de realizar en forma conjunta por los dos sujetos que se encuentren ejerciendo la patria potestad, según lo dispuesto por el artículo 425 del Código Civil en relación con los artículos 414 y 415 primer

párrafo del mismo ordenamiento.

En los actos de contenido patrimonial que se relacionen con los bienes clasificados por el legislador en el artículo 428 del Código Civil como adquiridos por el menor a título diferente del trabajo, por corresponder su administración a quienes ejerzan la patria potestad según manda el artículo 430 del mismo ordenamiento, también corresponde a ellos la representación del menor.

Sin embargo, en este caso de acuerdo al artículo 426 del Código Civil, la pareja que ejerza la patria potestad y por consiguiente posea la administración de los bienes del menor, deberá designar por mutuo acuerdo quien de ellos fungirá como administrador de los bienes del menor, por lo tanto, si se ha hecho la designación del administrador, la representación del menor será a cargo exclusivamente de quien ocupe dicho puesto, teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por el legislador para la realización de los actos más importantes de la administración, en cuyo caso será necesaria la representación conjunta.

En el caso de no haberse efectuado la designación del administrador, la representación deberá realizarse en forma conjunta por la pareja encargada de ejercer la patria potestad.

Es de considerar que la anterior interpretación es difícil de llevarse a la práctica, ya que por una parte no se reglamenta la forma en que se ha de realizar el nombramiento de administrador, lo cual es de relevante importancia en el momento de representar al menor y por otra parte, el requerir del consentimiento de la otra persona para los actos de más importancia, hace imposible el decifrar en qué tipo de actos podrá ser el menor representado exclusivamente por uno de los dos sujetos que ejerce la patria potestad.

En la representación del menor deben ser tomadas en cuenta las limitaciones establecidas en los artículos 427, 436 y 440 del Código Civil que a continuación transcribo.

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

"ART. 436.- Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni grabar de ningún modo los bienes muebles e inmuebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor real del que se coteice en la plaza el día de la venta, hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos ni dar fianza en representación de los hijos".

"ART.- 437... Y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

"ART.- 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso".

Si bien, en principio el menor carece de capacidad de ejercicio, en el mismo Código Civil se regulan algunas de las excepciones al mismo.

La de mayor importancia se encuentra en el art. 435 del Código mencionado que dice:

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

Por un lado el menor sujeto a patria o potestad goza por ley de la administración de los bienes de acuerdo al art. 429 del Código Civil cuando estos bienes producto de su trabajo según la clasificación que de ellos hace el art. 428 del mismo ordenamiento.

La otra forma que el menor puede gozar de la administración de sus bienes acorde al artículo ante transcrito, es la voluntad del padre, lo cual debe hacerse extensivo a los demás sujetos capaces de ejercer la patria potestad, así mismo, debe entenderse que dicha manifestación deberá otorgar al menor la administración únicamente sobre los bienes adquiridos por un título diverso al de su trabajo.

El efecto le otorga la administración de los bienes al menor se le considere como emancipado, lo cual lo hace adquirir una capacidad de ejercicio limitada de acuerdo al art. 643 del Código Civil que dice:

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad;

I.- De la autorización judicial, para la enajenación gravamen o hipoteca de bienes y raíces.

II.- De un tutor para negocios judiciales".

De lo antes expuesto, se deduce una capacidad de ejercicio en el menor de edad sujeto a patria potestad limitada la realización de actos que repercuten

exclusivamente sobre la parte de su patrimonio que posea en administración y siempre que dichos actos no conlleven la enajenación o gravámenes de bienes inmuebles.

Aunque las excepciones al principio de incapacidad de ejercicio del menor antes analizadas, han sido motivo de críticas por su parca reglamentación, personalmente encuentro razones para su existencia, sin embargo, comparto la idea de quienes estiman superflua reglamentación. Por una parte si el menor es capaz mediante su trabajo de formar un patrimonio de igual manera ha de serlo para su administración y disposición, por la otra, considero es conveniente se deje a los encargados del ejercicio de la patria potestad la facultad de otorgar al menor capacidad de ejercicio respecto de ciertos bienes, ya que aligera un poco lo rígido del sistema adoptado para alcanzar la mayoría de edad.

Es evidente que resulta necesario una reforma que establezca la forma en que el menor acredite que goza de esa capacidad de ejercicio tanto cuando se la confiere la ley, como cuando se la confiere el padre.

Además de las excepciones anteriormente estudiadas debe tenerse en cuenta entre otras la prevista, en el art. 441 del Código Civil que permite al menor que tenga 14 años solicitar se tome las medidas necesarias para impedir la mala administración de quienes ejercen la patria potestad

produzcan la disminución de sus bienes, la capacidad de disponer de sus bienes mediante testamento siempre que haya alcanzado la edad de 16 años, (1306 del Código Civil) y la contenida en el art. 23 de la Ley Federal del Trabajo que permite al mayor de 16 años la libre prestación de sus servicios.

IV.8 EFECTOS SOBRE EL OBJETIVO

Al presente atributo corresponde los efectos sobre la persona como cosa objeto de la obligación, sin embargo, debe tenerse en cuenta que al mismo tiempo la persona interviene en la relación como cosa objeto es sujeto de la misma. El efecto de mayor relevancia de los que repercuten sobre este atributo de la personalidad es la educación del menor, ya que debido a la modalidad del ser humano durante los primeros años de su vida, las repercusiones de su cumplimiento o incumplimiento son determinantes en el desarrollo ulterior de la personalidad del menor.

Al consistir la educación del menor en actos que en gran parte escapa al ámbito legal del legislador, consciente de ello, ha limitado su actuación, a regular de una manera general la obligación que tienen los encargados de la patria potestad de educar al menor.

Así en el primer párrafo del artículo 22 del Código Civil establece:

Como una facultad también correlativa a la educación de menor se encuentra el llamado derecho de corrección cuyo contenido ha sido objeto de una evolución bastante marcada, así como en el Derecho Romano esta facultad de corrección otorgaba la posibilidad aún de dar muerte al hijo que se encontraba bajo la patria potestad lo cual si se compara con el contenido que en la actualidad conlleva este derecho hace concluir de forma semejante a la del maestro Ramón Sánchez Medel al comentar las reformas de 1974 al Código Civil se expresa al respecto con las siguientes líneas:

"Dejando solo el derecho de corregirlo lo cual en verdad no es suficiente para quienes ejercen la patria potestad cumplan con la obligación correspondiente al hijo". 47

Podría decirse que la conclusión es un tanto exagerada, pues el que se haya eliminado el derecho a castigar a los hijos, no restringe en sí el contenido esencial del derecho de corrección que en mi forma de ver lleva implícito el castigar al menor ya que si tomamos en

(47) SANCHEZ MEDEL, Ramón. *Op. Cit.* p. 70

cuenta que el artículo 347 del Derecho Penal Considera que este derecho de corrección es fundamento para que los padres den golpes a los hijos por mayoría de razón en él se encuentra el fundamento teórico para castigar al menor, por otra parte, considero se encuentra mal regulado este derecho ya que no se especifica de forma clara cual es su contenido, no los límites que lo demarcan, por lo cual, es necesario se demarque con claridad y de forma más extensa lo que este derecho comprende.

Existe otra obligación más que ayuda a la educación del menor, es la obligación de vigilancia que tienen los padres sobre los hijos sujetos a su potestad, comprendiendo dentro de ella, el derecho a examinar la correspondencia de sus hijos, (48), sus relaciones sociales y aún laborales. (49)

A lado de los anteriores de los efectos de la patria potestad se encuentra el derecho de guarda sobre el menor, el cual no obstante su importancia para el correcto ejercicio de la patria potestad, fue parcialmente reglamentado por el legislador en algunos de sus aspectos.

(48) Artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal.

(49) Artículo 202 del Código Penal para el Distrito Federal.

En cuanto a su ejercicio; puede estar recomendado a una sola de las dos personas que se encuentren encargadas de la patria potestad, (50) los encargados de su ejercicio pueden ser privados de este derecho por una resolución administrativa. (51)

Al implicar este derecho la convivencia cotidiana del menor y de la persona que ejerce sobre él la patria potestad, se impone al menor la obligación de permanecer en el domicilio de quien ejerce este derecho. (52)

No obstante estar consignado como un derecho de quienes ejercen la patria potestad, su renuncia o falta de ejercicio implica la pérdida del derecho a ejercer la patria potestad.

Junto a estas obligaciones en que el menor aparece como cosa objeto de la obligación, existen otras en las cuales quien ocupa dicho cargo en la relación es el encargado de ejercer la patria potestad, condición la

(50) Artículo 259 y 283 tercera regla, Código Civil.

(51) Ley que crea consejos tutelares para menores infractores del D.F.

(52) Artículo 421 Código Civil. Limita derecho de guarda para el D.F.

obligación de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes⁽⁵³⁾. Obligación ésta que independientemente de su naturaleza se debe descartar como un efecto de la patria potestad por ubicarlo como una consecuencia de la filiación⁽⁵⁴⁾. Por último existe a cargo de los padres la obligación de observar buena conducta a fin de que sirva de ejemplo de los hijos menores, obligación ésta última que amerita el mismo comentario que la anterior.

(53) *San Pablo. Epístola a los Esfesos. Cap. VI. ver 1 y 2.*

(54) *DE PINA, Rafael. Ob. Cit. p. 377.*

CAPITULO V. CASO DE SUSPENSION Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Por ser la patria potestad una institución temporal. (55), es decir regula únicamente durante cierta época las relaciones parterno filiales, por ser limitado el número de personas a quienes se confiere su ejercicio, ante las características específicas que deben reunir los encargados de su ejercicio y por ende que trae aparejada el incumplimiento de algunos de los derechos que de ella emanan, llega el momento en que ocurre su extinción o bien la suspensión y pérdida del derecho a ejercerla, debiendo tomarse en cuenta que algunas veces la pérdida o suspensión del derecho a ejercitar la patria, lleva implícita la suspensión o extinción de la institución.

No obstante las diferentes causas que originan tanto la extinción de la institución, como la pérdida o suspensión del derecho a ejercer la patria potestad; dividiré en tres el presente capítulo, intentando colocar en cada uno de los incisos el efecto conducente.

(55) *Clasificar los derechos nacientes de la patria potestad contemporáneas*, Rafael Rojina Villegas. Op. Cit., T.II., p.83

VI.1 SUSPENSION DEL DERECHO A EJERCITAR

En el artículo 447 del Código Civil vigente establece algunas de las causas por las que se suspende el derecho a ejercitar la patria potestad, a saber; la incapacidad declara judicialmente; la ausencia declarada en forma y la sentencia que imponga tal pena.

Incapacidad declarada judicialmente, este supuesto de suspensión del ejercicio de la patria potestad tiene su fundamento en la naturaleza personal de este derecho.

El artículo 465 del Código Civil dispone que al ser declarado incapaz uno de los sujetos que se encuentre encargado de ejercer la patria potestad, el derecho a ejercerla pasará al ascendiente que corresponda conforme a la ley y a falta de quien la ejercite, se proveerá el menor de un tutor, que de acuerdo al artículo 491 del mismo ordenamiento será la misma persona que desempeñe la tutela sobre el ascendiente incapacitado.

Al igual que en la codificación vigente, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y en la ley sobre Relaciones Familiares la incapacidad declarada judicialmente era causa de suspensión del derecho a ejercitar la patria potestad con la salvedad que esta suspensión era parcial, pues el incapacitado continuaba disfrutando del cincuenta por ciento del usufructo de los bienes del menor.

La ausencia declarada en forma como causal de la suspensión del ejercicio de la patria potestad al igual que la incapacidad, encuentra su razón de ser en la naturaleza personal que entraña su ejercicio, pues aún cuando exista persona que represente al ausente, el derecho a ejercitar la patria potestad se le suspenderá para corresponder al ascendiente que conforme a la ley haya de sustituirlo. (56)

En lo personal, considero incorrecta la causa tal como esta enunciada en el artículo 447, pues la suspensión del derecho a ejercitar la patria potestad en consecuencia de las medias provisionales y no de la ausencia declarada en forma, según se aprecia en el artículo 651 del Código Civil.(57)

La tercera de las causas de suspensión de la patria potestad por los términos que en su enunciación utilizó el legislador, debe entenderse limitada a sentencia de tipo penal. (58)

(56) Arts. 419, 392,263 del Código Civil de 1870 y Ley sobre Relaciones Familiares respectivamente.

(57) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. p. 673.

(58) Ver Artículo 376 Código Penal para el Distrito Federal.

También debe considerarse motivo de suspensión del ejercicio de la patria potestad, para el o los cónyuges culpables, incurrir en algunas de las causales de divorcio en que las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XIV del artículo 267 del Código Civil se establecen, atento a lo dispuesto en el artículo 283 del citado ordenamiento.

De acuerdo al artículo 448 del Código Civil el ejercicio de la patria potestad no es renunciable, sin embargo, es posible excusarse de su cumplimiento cuando se tenga una edad de sesenta años y cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda cumplir eficazmente.

En mi opinión este último motivo de excusa, no hace perder el derecho a ejercerla, sino que únicamente lo suspende pues al igual que la incapacidad, considero que el mal estado de salud puede ser transitorio y por consiguiente al cesar, se recupera la aptitud para ejercitar la patria potestad.

Por último tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio que hayan sido reconocidos por ambos progenitores, se debe tomar como causales de suspensión del derecho a ejercitar la patria potestad, el convenio de los progenitores en que se determine cual de ellos continuará ejerciéndola o en su defecto la determinación del Juez de lo familiar al cesar de vivir juntos los padres.

V.2 PERDIDA DEL DERECHO A EJERCERLA

La pérdida del ejercicio de la patria potestad consiste en la extinción del derecho a ocupar tal cargo y puede ser consecuencia de un acto propio del sujeto que pierde el derecho o bien de otro de los ascendientes que son llamados a ejercer la patria potestad.

Son causales de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad por un acto propio los supuestos previstos por el artículo 444 del Código Civil o sea: la conducta expresa a la pérdida de ese derecho (59); la condena por dos o más veces por delitos graves, las costumbres depravadas, malos tratamientos o el abandono de las obligaciones de quien ejerce la patria potestad sobre el menor cuando con estos actos se comprometa la integridad física o espiritual del menor, la exposición o abandono del menor por un período mayor de seis meses y por último para los encargados de ejercer la patria potestad sobre los menores nacidos de matrimonio, en colocarse en algunas de las causales de divorcio establecidas en las fracciones: I, II, III, IV, V, VIII, XIV, y XV del artículo 267 del Código Civil al tenor de lo dispuesto por el artículo 283 del mismo ordenamiento.

(59) *Idem.*

Debe considerarse también como causa de pérdida de la patria potestad por un acto propio, la excusa de su ejercicio cuando es hecha por razón de edad, prevista por la primera fracción del artículo 448 del Código Civil.

Las causas de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad que son originadas por un acto no propio, son de dos tipos, pues una de ella únicamente es posible de ser realizada por los padres y la otra por ascendientes que se encuentren ejerciendo la patria potestad, bien sean los padres o alguno de los abuelos.

Es causa de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad por un acto de los padres que a la vez hace perder este derecho a los demás ascendientes llamados por la ley, el previsto en el artículo 471 del Código Civil en relación con el 470 del mismo ordenamiento, es decir, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el sobreviviente de los padres para el hijo sobre el que ejerzan la patria potestad.

Por último, es causa de pérdida de la patria potestad por un acto del o de los sujetos que se encuentren en su ejercicio, con el mismo efecto sobre los demás sujetos con posibilidad de ocupar el cargo, la entrega en adopción del menor, ya que según el artículo 403 del Código Civil, el único efecto extintivo de la adopción es en relación con la

patria potestad y al ser requisito indispensable el consentimiento de quien ejerza la patria potestad sobre el menor para llevarse a cabo la adopción de acuerdo a la fracción primera del artículo 397 del Código Civil el consentimiento en sentido afirmativo de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor, hace perder a los demás el derecho a ejercerla.

V.3 EXTINCION

Bajo este rubro se enmarca no la extinción del derecho a ejercer la patria potestad, sino la extinción de la institución en relación al menor sujeto a ella.

En el artículo 443 del Código Civil se enumeran en forma expresa tres modos de extinción de la patria potestad, dos de ellos en relación con la persona sujeta a ella; su emancipación y su mayoría de edad, a las cuales agregaría el fallecimiento del menor.

La tercer causa extintiva de la patria potestad enunciada por el legislador es la muerte de quien la ejerza si no hay otra persona de las llamadas por ley con derecho a ejercerla.

También debe considerarse causa de extinción de la patria potestad, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre sobreviviente para su menor hijo, pues

dicho acto no sólo extingue el derecho del resto de los ascendientes con posibilidad de ejercerla, sino también tiene como consecuencia la extinción de la patria potestad.

En cuanto a la reglamentación hecha por el legislador de 28 para la suspensión y pérdida del derecho a ejercitar la patria potestad, así como de la extinción de la misma en los personal no estoy de acuerdo, en que la adopción extinga la patria potestad para los ascendientes naturales del menor adoptado pues tal como está reglamentada la institución sustituta de la patria potestad, al fallecer los adoptantes o al revocarse la adopción, el menor cuyos ascendientes naturales sobrevivan quedaría bajo la tutela de alguno de sus hermanos o bien de alguno de sus parientes colaterales dentro del cuarto grado.

En mi opinión sería más correcto se declarará únicamente suspendido el derecho a ejercitar la patria potestad por los ascendientes naturales en tanto al menor se encontrará bajo la adopción.

Por último considero absurdo el segundo supuesto de la fracción primera del artículo 444, pues no existe fundamento legal alguno para clasificar un delito como grave. Lo cual deja por completo a la apreciación judicial la delimitación de lo que constituye un delito grave.

CAPITULO VI. LA PATRIA POTESTAD Y LA CUSTODIA DE MENORES

VI.1 DETERMINACION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE Y DESPUES DEL DIVORCIO

Para la sociedad reviste particular trascendencia la situación de los hijos habidos dentro de un matrimonio que se disuelve, independientemente del interés propio de los cónyuges. Importa a la ley en forma preponderante preservar la unión familiar, empero, si el divorcio sobreviene, es preciso que la atención se dirija primordialmente hacia los hijos menores de edad.

De conformidad con nuestra legislación vigente, existen dos tipos de divorcio: El administrativo y el judicial; el primero de ellos se tramita ante un juez del Registro Civil, en tanto que el segundo ante un Juez de lo familiar; a su vez el divorcio judicial se subdivide en voluntario y necesario, según la causa que le de origen.

El divorcio administrativo no será materia de estudio en la presente tesis, en virtud, de que para su procedencia es requisito indispensable el que no existan hijos del matrimonio que se disuelve.

Ahora bien, en relación al divorcio judicial, éste se encuentra regulado por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, las fracciones I a XVI y XVIII

relativas al necesario, y la fracción XVIII en cuanto al voluntario.

VI.2 DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO

Durante el procedimiento de divorcio la patria potestad es conservada por ambos cónyuges, pues lo que acontece durante la tramitación del juicio no son más que alteraciones que sufre la mencionada institución y sólo en forma provisional, por lo tanto lo más conveniente será el no alterar el régimen de la patria potestad sino en los más indispensables; la situación establece nacerá al momento de dictarse sentencia definitiva.

En realidad donde encontramos modificaciones es en lo relativo a la custodia de los hijos, lo que vendría a representar un límite al ejercicio de la patria potestad.

VI.3 DESPUES DEL DIVORCIO

Son diferentes el tratamiento y las consecuencias que se producen según se trate de divorcio necesario o voluntario, por lo que para su estudio lo dividiremos siguiendo dicho criterio.

VI.4 DIVORCIO VOLUNTARIO

En el divorcio por mutuo consentimiento, por regla general, ninguno de los cónyuges perderá la patria potestad sobre sus hijos. Anteriormente a las reformas de 1983, el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establecía las reglas conforme a las cuales se debía determinar la situación de los hijos, pero no se hacía referencia a la fracción XVII del artículo 267, es decir a los casos de divorcio voluntario, por lo que el Juez no podía determinar la pérdida o suspensión de la patria potestad, sino que únicamente se dictaminaba sobre el día; a raíz de la mencionada reforma se le otorgaron al Juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, sin hablar de divorcio voluntario o necesario. Por lo que actualmente el Juez puede suspender o decretar la pérdida de la patria potestad en los dos tipos de divorcio judicial. Como su nombre lo indica, en esta clase de divorcio existe una voluntad mutua para disolver el vínculo matrimonial. Con fundamento en el artículo 273 del Código Civil, los cónyuges están obligados a presentar al Juez un convenio en el que entre otras cosas, se señale la persona a quien serán confiados los hijos tanto durante el procedimiento como después de

ejecutoriado el divorcio; no obstante que dicho convenio lo formulan de común acuerdo los esposos, éste deberá apegarse a las disposiciones expresas en la ley. Al ser la patria potestad una institución irrenunciable, no pueden las partes pactar sobre la misma, por lo que sólo en los casos en que el Juez lo considere necesario podrá determinar modificaciones al ejercicio de la patria potestad al momento de dictar sentencia, ya sea suspendiéndola o decretando su pérdida.

A esto se debe que sean muy pocos los casos en el divorcio voluntario en que se toma esta medida, ya que al no haber cónyuge culpable que haya mostrado una conducta contraria al bienestar y buen desarrollo de los hijos, no se justifica la necesidad de adoptar esta medida.

VI.5 EL DIVORCIO NECESARIO

En cuanto al divorcio necesario la situación difiere considerablemente, pues en estos casos siempre existirá un cónyuge culpable.

La suspensión y la pérdida de la patria potestad implica una severa sanción para quien deja de ejercerla; por otra parte, altera esencialmente la relación natural entre padres e hijos.

Una de las innovaciones más notables del derecho familiar, producto de la reforma de 1983, ha sido precisamente el radical cambio en el tratamiento de la patria potestad en relación con los casos de divorcio. Previamente, el tema del divorcio contencioso o necesario se halla dominado por la idea de culpabilidad de uno de los cónyuges que no sólo aparejaba consecuencias frente al otro, sino además ante los hijos: la culpabilidad en el divorcio traía consigo la pérdida de la patria potestad.

Con este modo somero, indiscriminado de entender las causas y los efectos del divorcio, se perdería de vista que si bien es cierto que éste revela una profunda lesión en el vínculo conyugal, no necesariamente ocurre lo mismo con la relación entre el progenitor, inocente o culpable del divorcio, y los hijos de la pareja.

Hay factores de separación o ruptura vincular que se erigen a partir de una grave desviación en el poder paterno como es, por ejemplo, la corrupción de los hijos provocada por el padre o por la madre; pero hay otros, los más, que no involucran por fuerza el quebranto de la relación directa entre el hijo y el progenitor que dió lugar al divorcio por una conducta que sólo tiene como víctima inmediata al otro progenitor. El anterior artículo 283 del citado Código tenía tres normas fundamentales para resolver sobre la patria potestad. Dichas normas hacían referencia

a las causales de divorcio, de tal forma que cuando el divorcio provenía de las causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX y XV del artículo 267. los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el culpable recuperaba la patria potestad; se trataba realmente de un caso de suspensión. Por último, en las causales previstas en las fracciones VI y VII, que tratan de enfermedades crónicas o incurables y de enajenación mental, los hijos quedaban en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaba los derechos sobre la persona y bienes de los hijos. Es decir, el legislador evitó cuidadosamente que en esta materia tan delicada pudiera decidir el Juez según su criterio. Sin embargo, la modificación del artículo 283 del C.C. cambia radicalmente y el Juez "gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos, obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al 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 de designar tutor.

Actualmente el Juez con plena libertad puede resolver en que casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en que otros procede sólo la suspensión, así como determinar cuando la recupera; también puede resolver sólo limitar el ejercicio de algunos derechos del progenitor responsable, que conservará la patria potestad restringida; también puede decidir que ambos progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos queden bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos.

"PATRIA POTESTAD, DECISION, RESPETO A LA. EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO.- Conforme al artículo 283, sección primera, del Código Civil para el Distrito Federal, antes de su reforma, la declaración de divorcio sustentada en el artículo 267, fracción VIII motivaba que la patria potestad quedara a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, con motivo del Decreto publicado en el Diario Oficial de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, que entró en vigor noventa días después, la referida disposición fue modificada y, en esa virtud, fue suprimido el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad sobre la base de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges en el divorcio y, en su lugar, se le otorgaron a los juzgadores las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad."(60)

(60) Amparo Directo 588/86.-Roberto Sierra García.-2 de mayo de 1986.- Unanimidad de votos.- Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.- Secretario: Eduardo López Reyes.

Considero que ésta es una de las innovaciones más notables en el derecho familiar, pero no por ello deja de ser peligroso el otorgarle a los Jueces tan amplias facultades, ya que existen una gama de problemas que pueden redundar en contra de nuestra institución. Como ejemplo, podemos citar el hecho de la gran carga de trabajo que exige de nuestros tribunales una rápida y muchas veces no perfectamente valorada resolución; aunando a lo anterior debemos llamar la atención sobre la correcta formación profesional y humana que deben poseer nuestros Jueces tratándose de una materia tan delicada pero que, debido al trabajo salario de nuestros Jueces y a lo vilipendiado de dicho cargo, es difícil que el profesionista adecuado llegue a desempeñar la función de Juez.

Es cierto que los Jueces deben tener facultades discrecionales para analizar las controversias, gozar de un amplio poder de investigación y no estar sometidos a fórmulas procesales predeterminadas, pero no es menos cierto que nuestra legislación carece de disposiciones que puedan coadyuvar a los fines mismos que debe perseguir el derecho, las valoraciones básicas de justicia, seguridad y bien común, ya que a ella escapan una serie de fenómenos sociales que se suscitan en la práctica.

Considero acertada la reforma de 1983, sin embargo, pugno porque a través de la legislación se den lineamientos, de manera ejemplificativa y no taxativa, de los casos y circunstancias en los cuales el juzgador debe decretar la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad. El Juez de lo familiar, ya que tutela intereses especiales, necesita estar revestido de amplias facultades, las cuales deben ser objeto de cierta reglamentación a fin de que, sin perjudicar su poder discrecional, se garantice a las partes la seguridad que debe ser norma de todo proceso y, consiguientemente, el bien común y la justicia, como valores que persigue el derecho.

Es conveniente hacer mención de la posibilidad existente en la ley acerca de la intervención de distintos familiares en beneficio de los intereses de los menores, lo que podría considerarse como un consejo familiar que puede intervenir ante el Juez de lo familiar, intervención que se encuentra prevista por el artículo 284 del CLC. que previene:

"Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, el Juez podrá acordar con autorización de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores".

Debemos recordar que cualquier resolución en esta materia podrá ser modificada, atento a lo dispuesto por el artículo 94 del C.P.C. vigente en el Distrito Federal:

"...Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio suspensión de la patria potestad, interdicción jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente al Código Civil para el Distrito Federal".

B) DETERMINACION DE LA CUSTODIA DURANTE Y DESPUES DE DECRETADO EL DIVORCIO

Es manifiesto el sin número de problemas a resolver que se plantean al pronunciarse el divorcio, problemas que revisten una gravedad extrema cuando al aspecto de la guarda se refiere, dado que la situación anterior no puede continuar siendo la misma para los hijos una vez que se haya fallado en el divorcio, puesto que el hogar ya no existe, por decirlo así, ante su presencia.

Es la custodia de los menores de una importancia vital en los casos de divorcio, puesto que constituye la disputa principal en la mayoría de éstos. Las facultades del Juez en esta materia son amplísimas, puesto que el único límite

que tiene al fijar las medidas conducentes, ya sean provisionales o definitivas, es el interés de los hijos y que éstos sean menores de siete años.

VI.1 DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO

Durante el procedimiento de divorcio el Juez debe dictar ciertas medidas provisionales, ya sea al momento de admitirse la demanda o antes en casos de urgencia, para proteger la persona de los cónyuges, sus bienes y especialmente el bienestar de los hijos menores.

Art. 275.- "Mientras que se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos."

En relación al divorcio voluntario se dispone lo siguiente:

Art. 273.- "Los cónyuges se encuentran en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sea confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

Asentamos en líneas precedentes que en el año de 1983, el Código Civil para el Distrito Federal sufrió una reforma en esta materia; entre otras modificaciones se rescató la regla de que los hijos menores de siete años, salvo peligro grave para su normal desarrollo, deben quedar bajo el cuidado de la madre.

Art. 282.- "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere vigencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

VI.- Poner al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En efecto de ese acuerdo, el cónyuge pida el divorcio propondrá 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 grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años, deberán quedar bajo el cuidado de la madre".

Este criterio también se encuentra sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y va más allá al establecer que a la madre se le debe otorgar la custodia definitiva:

GUARDA Y CUSTODIA DE UNM ENOR DE SIETE AÑOS.- SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGARSELE A LA MADRE.- Establece el artículo 282 fracción VI, último

párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Por tanto si no se acredita fehacientemente que ésta ocurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan al normal desarrollo de su hijo menor, debe otorgársele su custodia definitiva." (61)

VI.2 UNA VEZ DECRETARO EL DIVORCIO

Al momento de dictarse sentencia el Juez necesariamente deberá fijar la situación de los hijos, tal como proviene el artículo 283 ya mencionado. Sobre el particular podemos citar el siguiente criterio jurisprudencial:

"DIVORCIO, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE FACULTAD DEL JUEZ PARA DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE LA.- El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decidir entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; y de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obren en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento, no

(61) Amparo Directo 8362/87.- Concepción Perla Bellot Campos 15 de diciembre de 1987.- 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela Guitrón.- Secretario: María Estela Ferrer Macgregor Poisol.

resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causal al divorcio; salvo que esa causa por su naturaleza implique por sí misma, que esa conducta sea manifestante contraria a la formación, educación e integración social afectiva de los menores. (62)

EXTINCIÓN

Una de las características que mencionamos del derecho de visita, es el de ser temporal, se extingue por varias causas como son:

- a) Por muerte: el derecho de visita se extingue por la muerte del beneficiario o del menor en quienes se concretan las visitas y las relaciones interpersonales y jurídicas.
- b) Por concurrencia de la calidad de visitador y de guardador jurídico del menor: Esto ocurre cuando por cualquier causa se transfiere al beneficiario de las visitas la guarda del menor.
- c) Por terminación de la situación jurídica que dió lugar a este derecho: ejemplo de ésto sería la reconciliación de los progenitores separados, ésto incluye a los padres extramatrimoniales; o el hecho de que un hermano regrese al domicilio paterno.

(62) Amparo Directo 1956/88.- Carlos Gómez Vázquez.- 7 de sept. de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Rafael Coriales González.- Secretario: Neófito López Ramos.

- d) Por la mayoría de edad: Es la causa más frecuente de terminación del derecho de visita, ya que al mayor de edad, dueño ya, de disponer de su persona, no se le puede exigir convivir con otras personas, ni estar sujeto a relaciones que no acepta voluntariamente.
- e) Por emancipación por el matrimonio: Por la misma razón dicha en la mayoría de edad, ya que el emancipado puede disponer libremente de su persona.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Hemos apreciado que los orígenes de la patria potestad, los encontramos en el Derecho Romano, en donde era concebida como una institución otorga exclusivamente en beneficio del paterfamilias concediéndole un poder absoluto sobre sus *fi lius* negándoles a éstos últimos cualquier derecho e imponiéndoles la OBLIGACION DE SUMISION, OBEDIENCIA Y SERVIDUMBRE.

SEGUNDA.- En el Derecho Moderno la patria potestad de concebirse como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos menores de edad no emancipados, beneficio de éstos, reclamada por las necesidades de los mismos, pero no hay poder sino función; no hay complejo de facultades sino suma de deberes, no hay un señorío sino una misión de alto contenido social jurídico y moral para cumplir con las miras puestas en el bien de los menores.

TERCERA.- La custodia puede conceptuarse con el Derecho-deber que asiste al poder para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y en general atender a su buena formación física, intelectual y moral.

CUARTA.- El otorgamiento de la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, no implica la pérdida de la patria potestad, pues el progenitor que no la tiene, conserva no sólo el derecho de mantener contacto con el menor mismo que se actualiza a través del ejercicio del derecho de visita, que los Jueces deberán reglamentar de acuerdo con las circunstancias de cada caso, sino, que también conserva los derechos y obligaciones, intereses a la carga potestativa.

QUINTA.- Desde mi punto de vista y de acuerdo a los puntos sostenidos en esta tesis, considero que la patria potestad es el conjunto de obligaciones que regulan parte de las relaciones entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados con la finalidad de educar y proteger a los últimos.

SEXTA.- En mi opinión, no es correcto que se continúe otorgando derecho a ejercer la patria potestad a los abuelos, siendo por lo tanto indispensable una reforma que reconozca exclusivamente este derecho hacia los padres, dejando así a los abuelos, con el resto de la familia la posibilidad de encargarse de la protección y educación de los menores no emancipados conforme a las reglas de la tutela.

SEPTIMA.- Debe realizarse una reforma a fondo de las disposiciones que norman a la patria potestad en relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, de tal forma que la falta de morada común de los padres repercuta exclusivamente sobre la custodia del menor.

OCTAVA.- Es importante analizar la patria potestad en cuanto a sus efectos, tomando en cuenta el atributo de la personalidad sobre el cual recaen. Esto permite una proyección total de sus efectos y una adecuada delimitación de los mismos.

NOVENA.- Por todo lo vertido en esta tesis, es de considerarse y debe verse que el ser humano como persona puede ser objeto, cosa de la obligación EN BASE A LA naturaleza de las obligaciones derivadas de la práctica o ejercicio de la patria potestad.

DECIMA.- Finalmente estimo que no existe fundamento lógico, para que las personas que ejercen la patria potestad sobre los sujetos de la misma, perciban un cincuenta por ciento del usufructo de determinados bienes del menor.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Bravo Valdés Beatriz y Bravo González Agustín. Derecho Romano. México, E. Pax, 1987.
- 2.- Batiza Rodolfo. Las fuentes del Código Civil de 1928. México, Porrúa, 1979.
- 3.- Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Arayau, 1954.
- 4.- Catán Tobenas José. Derecho Civil Español, común y foral. 8a. ed. Madrid España, Instituto Editorial Reus, 1966.
- 5.- Castán Vázquez José María. La patria potestad. Madrid, España, Editorial de Derecho Privado, 1960.
- 6.- Castro Zavaleta Salvador y Luis Muñoz. Cincuenta y cinco años de jurisprudencia mexicana 1917-1971, Cárdenas Editor, México, 1972.
- 7.- Couto Ricardo. Derecho Mexicano. Tomo II. México, La Vasconia, 1919.
- 8.- Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. México, Porrúa, 1984.

- 9.- De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. 2a. ed. México, Porrúa, 1983.
- 10.- Diccionario de Derecho. 7a ed. México, Porrúa, 1978.
- 11.- Diccionario Enciclopédico Abreviado. Madrid, Espasa-Calpe, 7a. ed. 1957.
- 12.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1976.
- 13.- Fernández Clerigo Leus, El Derecho de Familia en la Legislación comparada. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1977.
- 14.- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. 5a. ed. México, Porrúa, 1983.
- 15.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. México, Porrúa, 1985.
- 16.- Lasser Ali. El Juicio de Privación de Guarda. Revista de Ministerio de Justicia. Caracas Venezuela, 1957.
- 17.- Leyva, Gabriel y Lissandro Cruz Ponce. Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal. México, Porrúa, 1989.

- 18.- Marcos Alarcón Manuel. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. México, Librería de Valdés y Cueva 1985.
- 19.- Margadant S. Guillermo F. Derecho Romano. México, esfinge, 1960.
- 20.- Mazeud Henri, León et al. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América 1959.
- 21.- Mendizabal Oses Luis. Derecho de Menores. Madrid, Pirámide 1977.
- 22.- Montalboun Juan Manuel. Derecho Civil y Penal de España, Madrid. Librería Gabriel Sánchez, 1981.
- 23.- Muñoz Luis. Derecho Civil Mexicano. México, Ediciones Modelo, 1971.
- 24.- Puig Pena Federico. Derecho Civil Español. Tomo II, Volúmen II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.
- 25.- Petit Eugene. Derecho Romano, Madrid.
- 26.- Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, décima segunda edición. México, Editorial Cajica.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley sobre Relaciones Familiares. Ediciones Andoz, S.A. México, 1980.

Ediciones Andrade, S.A. México, D.F. 2980.

Ley de Nacionalidad y Naturalización Editorial. Porrúa, S.A. México, D.F. 1992.

Ley Federal de Educación Ediciones Andrade, S.A. Actualización 1992. México, D.F.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California Código Civil de 1984.

Herrero Hermanos Sucesores México, D.F. 1923.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1992.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1992.

Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal. Ediciones, S.A. Actualización 1992.

- 27.- Planiol Marcel y Jorge Ripert. Tratado práctico de Derecho Civil. Traducción de Mateo Díaz Cruz, Editorial Cultural, La Habana, Tomo I, 1964.
- 28.- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima novena Edición, Madrid, 1970.
- 29.- Rivera Hernández Francisco. El Derecho de Visita En sayo de Construcción Unitaria, Teoria y Praxis. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.
- 30.- Rojina villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo I y II México, Porrúa, 1980.
- 31.- Ruiz Lugo Rogelio Adolfo. Complilación de Jurisprudencia y Ejecutorias importantes en materia de familia de 1917 a 1988, México, 1990.
- 32.- Villalobos Magaña José Angel. La Patria Potestad. Tesis, Universidad Iberoamericana, 1985.
- 33.- Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia. Derecho Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.