

879309

24



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

CLAVE: 879309



**FINALIDAD DE LA PERDIDA DE LA
PATRIA POTESTAD**

T E S I S

FALLA DE ORIGEN

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

GABRIELA HERNANDEZ ALCOGER

ASESOR:

LIC. ARTURO HERNANDEZ ZAMORA

CELAYA, GTO.

ABRIL DE 1995



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.

A DIOS:

Porqué sin él nada sería posible.

A Mi Padre:

En memoria de él, quién me enseñó el camino a seguir, iluminándome desde donde se encuentra, para no claudicar y lograr uno de los sueños en mi vida.

A Mi Madre:

Quién constituye en mi vida la columna vertebral, porque en éste camino me incitó a llegar al final, con su amor, apoyo, confianza, estímulos, sabiduría. **GRACIAS**

A Mis Hermanos:

Elvira, Gustavo, Saúl, Fernando, Rosana, Claudia, Agustín y Andrés, quienes constituyen lo más importante para salir adelante, por darme su apoyo en todo momento.

A Mis Amigos:

Monserrat, Dulce, Lucy, Norma, Laura, Pilar, Alicia, Armando, José Alberto, Santiago, Pepe, Servando, por compartir conmigo siempre momentos, días alegres, buenos, tristes y malos contribuyendo a mi crecimiento como persona y madurar.

A Alguién Muy Especial:

Trinidad, con cariño por ser una razón para triunfar en la vida.

A Mis Maestros

A la Universidad.

Gracias por sus aportaciones a mi formación

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA EN EL DERECHO MEXICANO.

1.1. La Familia	2
1.2. El Parentesco	5
1.3. El Matrimonio	11
1.4. Otras Uniones Intersexuales (Concubinato)	17

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

2.1. Generalidades.....	21
2.2. Acción de Desconocimiento o Contradicción de la Paternidad	25
2.3. Casos en que Procede la Acción de Reclamación de Estado de Hijo	29
2.4. La Legitimación	32

CAPITULO TERCERO

REGIMEN DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

3.1. Denominación Tradicional de los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio	34
3.2. Formas de Establecer la Filiación Extramatrimonial	35
3.3. El Reconocimiento Forzoso o Judicial	39
3.4. El Reconocimiento Voluntario de un Hijo	47

CAPITULO CUARTO

ANALISIS JURIDICO A LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1. Concepto	54
4.2. Evolución Histórica	56
4.3. La Patria Potestad en el Código Civil Vigente en el Estado de Guanajuato	66
4.4. Características de la Patria Potestad	73
4.5. Consecuencias Jurídicas	78

CAPITULO QUINTO

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

5.1. Derechos y Obligaciones de los Menores Sujetos a la Patria Potestad	80
5.2. Derechos y Obligaciones de Quien Ejerce la Patria Potestad	84

CAPITULO SEIS

MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

6.1. Extinción de la Patria Potestad	97
6.2. Pérdida de la Patria Potestad	99
6.3. Suspensión de la Patria Potestad	105
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUCCION

INTRODUCCION.

Una de las instituciones mas discutidas del derecho civil es sin duda la de la patria potestad, no solo por la naturaleza familiar de la figura, sino la trascendencia social que tiene en si misma.

Dentro de la presente investigación documental, nos propusimos hacer un análisis exhaustivo y profundo sobre la misma, partiendo del contexto general de la familia, para utilizar como figuras de enlace el parentesco y la filiación para de esta forma contar con un marco teórico jurídico adecuado que nos permita contemplar a la institución de la patria potestad dentro de un contexto natural eminentemente familiar, donde fácilmente se pueda inferir la dimensión de su importancia y al mismo tiempo la necesidad de contar con una normatividad justa y eficaz.

En efecto, nuestra intención dentro de la presente tesis profesional, la enfocamos al análisis crítico de la normatividad respecto de la patria potestad, procurando subrayar por una parte la necesidad de perfeccionar cada vez más la misma buscando un justo equilibrio entre el aspecto puramente jurídico y el aspecto esencialmente ético o moral, con la sana intención de contrarrestar eficientemente la tendencia del jurista moderno en el sentido de concebir la aplicación del derecho de manera técnica y práctica, pero fría e injusta.

Para ello y una vez establecido el marco teórico jurídico indispensable para tal finalidad, pasamos al estudio del objeto materia de la presente investigación, destacando cuidadosamente su aspecto histórico, social y jurídico; dejando el aspecto moral y ético para ser tratado con mayor precisión en la parte de conclusiones.

Dentro de las conclusiones pudimos inferir cuestiones realmente interesantes, como es el caso de la pérdida de la patria potestad del padre respecto de sus hijos, donde constatamos desviaciones normativas lamentablemente graves y perjudiciales para los menores en particular y para la familia en general.

Entre las cosas más relevantes que resultan evidentes por objetividad, nos llamó poderosamente la atención el hecho de que el legislador hubiese considerado la pérdida de la patria potestad en el carácter de sanción para aquel sujeto que demostro no ser un buen esposo o esposa, castigándole no solo con la disolución del vínculo matrimonial sino con la disolución de un vínculo indisoluble por naturaleza como son los derechos, deberes y obligaciones que nacen del parentesco y de la filiación, como lo es la patria potestad, provocando un mal mayor al que pretendio remediar.

Efectivamente, en la especie, nunca sera justificable concluir que un mal cónyuge necesariamente será un mal padre; por tanto si tal fue la premisa de la que partio el legislador su conclusión indiscutiblemente será errónea, y en ese orden de ideas podemos afirmar sin mayor dificultad que la pérdida de la patria potestad como sanción accesoria a una causal de divorcio no se justifica de ninguna manera; de la misma forma tampoco es justificable su aplicación contra conductas paternas aún consideradas como graves a juicio del juzgador, sin haber escuchado nunca a los menores, quienes serias al final de cuentas los únicos autorizados para decidir lo que más conviene a sus interese, por ser los únicos perjudicados. La postura en cuestión se encuentra sólidamente respaldada por razonamiento y argumento que se ponen a consideración del H. Jurado Examinador de la Facultad de Derecho de esta Universidad Lasallista Benavente.

LA SUSTENTANTE.

SUMARIO

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA EN EL DERECHO MEXICANO.

1.1. La Familia.

1.2. El Parentesco.

1.3. El Matrimonio.

1.4. Concubinato.

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA EN EL DERECHO MEXICANO.

1.1. LA FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

En nuestro derecho positivo no encontramos una definición de familia. por lo que debemos recurrir a la doctrina.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. Es difícil tratar en una definición de incorporar todos sus elementos.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar sobre ella como la institución y así conocerla. El concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico social, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia, que deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación; involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

La segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares. Como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada "familia nuclear" (padres e hijos). Estos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familias por diversas partes; en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater. Es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como unidad familiar, originando así, la "familia en sentido extenso". Este concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

El tercer enfoque nos sitúa ante un concepto que no siempre ha

reflejado al modelo biológico y sociológico; es decir el concepto jurídico que atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Desde esta perspectiva, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; sus descendientes forman también parte de ella, pero no todos, sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado; así en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extiende hasta el cuarto grado, etc.

Podemos concluir entonces que la familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación. Sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima y natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

El conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y estructuran a la familia a través de su evolución histórica, se caracterizan principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable (incoercens). En efecto, por razones de orden público, poco a poco se ha sustraído de la voluntad de los particulares la posibilidad del establecimiento de normas reguladoras de las relaciones de familia.

Para finalizar definiremos a la familia en el derecho "como una unidad de equilibrio humano y social". La familia es la que proporciona al individuo la estabilidad necesaria para comunicarse con los seres que le rodean. Y en segundo lugar es un poderoso agente en el equilibrio social, ya que ella pone en movimiento todas las demás agrupaciones humanas que dan origen a la sociedad. (1)

1.2. PARENTESCO.

Por parentesco se entiende " la relación o conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de sangre"; dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al de engendramiento y cuya similitud con este se halla reconocida por la ley. (2)

Deriva del latín popular parentatus, de parens, pariente.

El vínculo familiar primario es el que se establece entre la pareja humana que entabla relaciones sexuales de manera permanente, sancionadas por la ley y la sociedad a través del matrimonio, sin la sanción legal configurando el concubinato.

(1) BAQUEIRO Rojas Edgar y BUENROSTRO Baez Rosalia, DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES, Edit. Harla, México, D.F. 1990, P.P. 7-12

(2) El parentesco por CONSANGUINIDAD: es relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común; parentesco consanguíneo en línea recta, Vgr. padre-hijo-nieto-biznieto, y también los que se originan entre aquellos que, sin descender los unos del los otros, reconocen un antepasado común parentesco consanguíneo en línea colateral, Vgr. hermanos, tíos, primos, sobrinos, etc.

De lo anterior podemos concluir que el parentesco tiene dos aspectos: uno biológico, que se refiere a la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros directamente (padre-hijo-nieto-biznieto) o de un tronco común (hermanos, tíos, primos, sobrinos, etc.). Esta relación es la que surge en forma espontánea derivada biológicamente de la procreación.

El segundo aspecto el Jurídico, el establecido entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción; siendo la relación jurídica más importante prevista en la ley, referente al parentesco.

Esa relación Jurídica une a los miembros de una familia exceptuando a los cónyuges y a los concubinos.

Derivado del concepto anterior surgen tres especies: parentesco por consanguinidad, por afinidad, parentesco civil o por adopción.

Aunque los cónyuges no son parientes entre sí, el nexo jurídico del matrimonio liga a cada uno de estos con los parientes de su consorte, a través del parentesco por afinidad, vínculo que refleja en el círculo familiar la comunidad de vida y la identidad que existe entre los esposos.

El parentesco por adopción tiene como objeto crear entre adoptante y adoptado un vínculo de filiación. En estricto rigor, la adopción, no da origen al parentesco entre el adoptado y la familia de adoptante; produce exclusivamente una relación paterno filial entre aquél y éste.

El matrimonio de los padres establece la presunción de que el hijo concebido por la mujer, ha sido engendrado en ella por el marido.

Establecida la filiación materna (y para ello sólo basta con probar el alumbramiento y la identidad del hijo), quedará establecido el parentesco entre el hijo y los parientes de la madre, si se trata de un hijo nacido fuera del matrimonio (hijo natural).

Probada la filiación paterna de un hijo habido fuera de matrimonio, se crea el vínculo de parentesco entre los parientes del padre y el hijo así concebido. "La paternidad y la maternidad naturales presentan un carácter irregular; no podría, pues, depender de un tercero o infligírselas a los interesados".

La filiación paterno filial de los hijos habidos fuera de matrimonio, se establece por medio del reconocimiento voluntario o de sentencia judicial que declare la paternidad.

El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad (en el lenguaje corriente "parentesco político"). Imita al parentesco consanguíneo, existe un vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada); es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

El grado de parentesco es idéntico al que tiene el otro cónyuge, por

ejemplo; los padres de un cónyuge son padres por afinidad del otro; los hermanos, tíos, etc; consanguíneos de uno, son hermanos, tíos, etc., por afinidad del otro. Lo mismo con respecto a los descendientes: el o los hijos que uno de los consortes haya tenido con anterioridad al matrimonio (habidos con tercera persona) se convierten en hijos por afinidad de su cónyuge. Los parientes consanguíneos recíprocos de uno y otro cónyuge no son parientes por afinidad. Tampoco el matrimonio no crea lazos de parentesco entre dos familias, la de ella y la de él.

La afinidad, en síntesis, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge a semejanza de los parientes consanguíneos aunque sin producir los mismos efectos. La afinidad no origina obligación alimenticia, ni el derecho heredar.

El concubinato no produce el derecho civil el parentesco por afinidad.

Este parentesco, es impedimento para celebrar matrimonio en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado (entre el marido y los hijos de la mujer, entre la mujer y los hijos del marido, sus ascendentes y descendentes).

Los jueces, magistrados y secretarios no podrán conocer los negocios, que interesen directa o indirectamente a su cónyuge, a sus parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grado, a los colaterales dentro

del cuarto grado, a los afines dentro del segundo grado. Siendo el matrimonio la fuente de este parentesco, se puede concluir que cuando se disuelva, debe desaparecer el nexo de parentesco por afinidad.

Y por último el parentesco civil.- Adopción que es cuando una persona por su voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado, tiene lugar la adopción. Nace así una relación paterno filial que aunque ficticia, es reconocida por el derecho (como parentesco civil).

Es solo una relación él o los adoptantes y la persona adoptado. El adoptado no entra a la familia de quien lo adopta, como debería ser para que la adopción cumpliera los fines para los que fue creada.

El parentesco se determina por líneas y grados.

El grado es cada generación que separa a un pariente de otro. Así el padre es pariente en primer grado de su hijo y en segundo grado de su nieto, etc.

La serie de grados constituye la línea de parentesco.

La línea de parentesco puede ser directa o colateral. Es directa, la que comprende los parientes que descienden uno de otro. Es a su vez ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a qué se atiende.

Es colateral o transversal cuando comprende al conjunto de parientes que tienen un progenitor común, si no descienden uno de otros.

En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, excluyendo al progenitor o tronco común.

Toda consecuencia jurídica del parentesco se manifiesta forzosamente en la forma de deberes y derechos. Estos son diferentes de acuerdo a la clase y al grado del mismo.

EN EL PARENTESCO CONSANGUINEO.

- a) Obligación alimenticia; (Desempeñar cargo de tutor)
- b) Sucesión legítima
- c) Tutela legítima

d) Prohibiciones diversas, y otras consecuencias, como atenuantes y agravantes de responsabilidad penal.(contraer matrimonio entre todos los parientes en línea recta; y colateral ha segundo grado, etc).

EN EL PARENTESCO POR AFINIDAD.

Los afines no tienen el derecho-deber de los alimentos, no entran en la sucesión legítima ni son tomados en cuenta para la tutela. Mientras subsiste el parentesco por afinidad la ley hace extensiva a los afines algunas de las prohibiciones enumeradas para el parentesco por consanguinidad.

EN EL PARENTESCO CIVIL.

Son idénticas a la filiación consanguínea aunque solo se dan entre adoptante y adoptado. La única gran diferencia con la primera es que esta es un vínculo irrompible, sólo termina con la muerte. En cambio la adopción puede ser revocada uni o bilateralmente.

1.3. EL MATRIMONIO.

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos- que da origen a la organización familiar- ha motivado que se le presente especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica.

La evolución del matrimonio en sus sucesivas etapas históricas nos ayuda a precisar sus características y sus datos esenciales.

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio (acto), produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges (estado).

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de

deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vida y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El matrimonio como acto jurídico se puede traducir también como un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares.

NATURALEZA JURIDICA.

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento, para el derecho de la iglesia es un contrato de la naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad; en Derecho Civil los autores discuten sobre la Naturaleza Jurídica del matrimonio.

El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

- 1.- Como Institución.
- 2.- Como acto jurídico condición.
- 3.- Como acto jurídico mixto.
- 4.- Como contrato ordinario.

- 5.- Como contrato de adhesión.
- 6.- Como estado jurídico y
- 7.- Como acto de poder estatal.

1.- Como INSTITUCION . En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una Institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdades cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema.

Para Hauriou, la Institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos. Aparte los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos.

La finalidad común que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente, es la idea de obra. Para lograr esas finalidades que impone la Institución se organiza un poder que tienen por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder asumiendo igual autonomía como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido.

2.- Como ACTO JURIDICO CONDICION. Siguiendo a León Duguit, otros actores afirman que el matrimonio es un acto condición: que se entiende como aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tienen lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.

En está tesis los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo (que es aquél celebrado de buena fe por consortes), pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

3.- Como ACTO JURIDICO MIXTO . O también llamado complejo, en el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad, del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio, diciendo que es mixto debido a que se construye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tienen el Oficial del Registro Civil. El cual desempeña una función constitutivo y no declarativo; pues podemos decir que si se omitiese el acto a constar por el citado funcionario, el acto no existiría desde el punto de vista jurídico.

4.- Como CONTRATO ORDINARIO. El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándolo de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

Se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación diciendo:

A) El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. La entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.

B) En los contratos, la voluntad de las partes en la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades en los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley. Sólo son libres para establecer también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

5.- Como CONTRATO DE ADHESION. Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley; pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio por

razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a este estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

6.- Como ESTADO JURIDICO . Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la Institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos.

7.- Y por último la tesis como un ACTO DE PODER ESTATAL. para Antonio Cicu, es un acto cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley.

Se olvida que no basta el pronunciamiento del juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El Estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

En un acto solemne; complejo por la Intervención del Estado y la voluntad de las partes, requiere de la declaración del juez del Registro Civil, las partes no pueden modificar los efectos que produce este acto se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes y sus disolución requiere de sentencia jurídica o administrativa, no hasta con la sola voluntad de los interesados.(3)

Con base en lo anterior hay gran diferencia entre en matrimonio y otras uniones intersexuales (en el derecho) como el Concubinato.

1.4. CONCUBINATO.

En el Código Civil Francés de 1804 y en nuestros códigos civiles de 1870 y 1884 no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato.

El derecho romano, reglamentaba el concubinato y reconocía la producción de ciertos efectos, a la unión entre un varón y una mujer; que sin haber contraído *iustae nuptiae*, llevaban vida en común.

La cohabitación por un tiempo prolongado, como marido y mujer (si ambos son púberes y célibes) fue la base para que en Roma se aceptara una figura particular del matrimonio (el matrimonio por usos), a través del cual podría

(3) BAQUEIRO Rojas Edgar y BUENOSTRO Baez Roxalia, Ob. Cit. p.p.24-29

regularizarse ante el derecho, las relaciones entre quienes vivían en esa situación; adquiriendo así aquel estado de hecho, carta de legitimidad ante el derecho, con las consecuencias propias del matrimonio.

En Francia, el Código de Napoleón no se ocupa de reglamentar esta situación de hecho; pero ante la realidad los legisladores y jueces tuvieron que reconocer algunos efectos de derecho, producidos por tal hecho.

En nuestro medio jurídico el Código Civil de 1928, actualmente en vigor, ha reconocido efectos de derecho derivados del concubinato atribuyendo ciertos derechos de carácter económico a la concubina ya al concubino y algunos otros, en relación con la investigación de la paternidad, respecto de los hijos de los concubinos.

Para que el concubino sea reconocido como tal, el hombre y la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí deben ser célibes, porque si no sería adulterio.

Se distingue el matrimonio del concubinato en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados.

Con la reforma al Código Civil de 1928 en 1974, por primera vez en

nuestro medio reconoce a este tipo de uniones libres, la posibilidad de producir algunos efectos jurídicos en favor de los concubinos y en favor de los hijos de éstos, a saber: el derecho de los concubinos a participar recíprocamente en la sucesión hereditaria, el de recibir alimentos, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubenarios y el derecho a percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Por último conviene precisar lo siguiente: la permanencia de esta vida en común, debe prolongarse por cinco años como mínimo, lapso en el cual debe tener lugar la cohabitación, y en segundo lugar, como es natural, se requiere que ninguno de los concubinos sea casado.(4)

(4) *Ibidem*, p. 31

SUMARIO

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

- 2.1. Generalidades.
- 2.2. Acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad.
- 2.3. Casos en que procede la acción de reclamación de estado de hijo.
- 2.4. La Legitimación.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

2.1. GENERALIDADES.

El segundo dato biológico que configura el derecho de familia es la procreación, regulada por el derecho a través de la institución llamada filiación, que tiene dos connotaciones, una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes (padre, abuelos, bisabuelos, etc.) y descendientes (los hijos, nietos, biznietos, etc.) sin limitación de grado. La segunda que es estricta, referida a la relación que existe entre el progenitor y el hijo. De ésta última relación se desprenden derechos y obligaciones que se crean entre el padre y el hijo que constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico.

De la última relación podemos obtener tres formas de filiación:

1) FILIACION LEGITIMA.- que es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Y la,

2) FILIACION NATURAL.- que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

Se distinguen diferentes formas de esta Filiación : La simple, la adulterina y la incestuosa. (Extranatrimonial). Y por último la

3) FILIACION LEGITIMADA.- Que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.

Podemos entonces definir a la filiación como la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre, hija o hijo. Este concepto toma algunos nombres específicos como: paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, esto en razón de la persona a quien se refiere la relación.

La Maternidad es la relación jurídica de la madre con respecto a su hijo o hija. esto es un hecho indubitable derivado del embarazo o del parto, se dé dentro o fuera del matrimonio. Puede surgir la duda de está, cuando el parto tenga lugar sin testigos o, sea abandonado recién nacido por la madre.

La Paternidad.- es la relación jurídica del padre con su hija o hijo; está es siempre una presunción jurídica, que admite prueba en contrario. Esta relación se da con certeza relativa dentro del matrimonio en cambio fuera de éste es incierta y sólo puede darse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia, resultado del juicio de investigación de la paternidad.

Y por último toma el nombre estricto de filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija respecto a su madre o a su padre.

La Filiación surge de tres maneras o clases: por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por la Adopción. llamándose respectivamente: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos.

La Filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos previstos por la ley. La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo.

La Filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas y cumpliendo los requisitos legales. Surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado interpuesta por el hijo o su representante legal.

La Filiación civil o adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.

La Filiación es como una forma de parentesco; en primer grado, el más cercano, en línea recta ascendente o descendente. Las consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco, a saber: derecho-deber de

alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones, así como la configuración de ciertos delitos, y atenuantes y agravantes en materia penal.

La Filiación tiene ciertas consecuencias particulares que son: derecho al nombre (padres e hijos llevan el mismo apellido), la patria Potestad y ciertos particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

FILIACION MATRIMONIAL

El hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la de paternidad con respecto al marido de su madre. Esta certeza de paternidad no es absoluta, pues admite prueba en contrario. En razón de la fidelidad.

El hijo tiene la certeza de la paternidad si nace después de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio de sus padres, y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del mismo por muerte del marido, nulidad de éste o de divorcio. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de imposibilidad física para tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los 300 que han precedido al nacimiento. Estos son plazos legales, que se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza.

Las Acciones relativas a la Filiación matrimonial son dos, en razón

de los dos sujetos relacionados padre e hijo. La acción a favor del progenitor se llama de desconocimiento o contradicción de la paternidad, la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.(1)

2.2. ACCION DE DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD.

La certeza de paternidad surgida de matrimonio, admite prueba en contrario, por lo que en determinadas circunstancias y dentro de ciertos plazos previstos por la ley, se podrá contradecir esa paternidad.

Los sujetos que pueden ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, son los siguientes: a) El marido, b) El tutor del marido incapacitado, c) Los herederos del marido, d) La persona a quien perjudique la filiación, tras la muerte del marido.

a) EL MARIDO, éste puede desconocer al hijo nacido de su mujer en tres casos: 1ro. si nació antes de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio; cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de gravidez de la misma al casarse, puede desconocer al hijo, basado en la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la conducta desleal de su consorte al haberle ocultado su estado. Pero el marido no podrá desconocer que es su padre, si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura

(1) ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civi, Introducción Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A. México D.F. p.p. 430-468

consorte, si concurre al levantamiento del acta de nacimiento, si expresa reconocerlo como suyo y si nació muerto.

2do. Si el hijo nace después de transcurridos 300 días contados a partir de la autorización judicial de separación en casos de nulidad de matrimonio o de divorcio; pues existe un plazo más o menos largo entre la admisión de la demanda y la sentencia que pone final al matrimonio y es posible que en este lapso haya habido intentos de reconciliación.

3ro. Si nace durante la vigencia del matrimonio en excepcionales casos; aquí se incluye los períodos antes mencionados (180 y 300) y los casos descritos anteriormente por lo que el marido deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente o desde el día en que descubrió el fraude, si se le oculto el nacimiento.

b) EL TUTOR DEL MARIDO INCAPACITADO puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad del marido, cuando éste se encuentre incapacitado por causa de demencia, imbecilidad, y otro motivo que lo prive de inteligencia. Lo curioso del caso consiste en que, si uno de los cónyuges requiere tutor por ser incapacitado la tutela legítima recaerá en el otro cónyuge. Resulta absurdo suponer que sea la madre la que demande el desconocimiento de su propio hijo. (si no se ejerce la acción podrá hacerlo cuando salga de su incapacidad).

c) LOS HEREDEROS DEL MARIDO pueden ejercer la acción de desconocimiento en los casos en que podría haberlo hecho el marido cuando éste estuvo privado de razón en la época del nacimiento del hijo cuya filiación es dudosa, y murió sin haber recobrado la razón.

d) Y por último por la PERSONA A QUIEN PERJUDIQUE LA FILIACION, las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Para comprobar la filiación matrimonial existen varias pruebas, ya que es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de su parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, trae consigo.

Mediante la Institución del Registro Civil se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas.

Los hijos nacidos de matrimonio prueban su filiación con las actas que expide el Registro Civil, a falta de estas, mediante la posesión de estado.

a) Actas del Registro Civil.

La filiación de los hijos de matrimonio se prueba con la partida de su matrimonio y con el acta de matrimonio de sus padres.

Quando no existan actas, o éstas son defectuosas incompletas o falsas la filiación se probará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio.

Son cuatro los elementos que configuran la posesión de estado: el nombre, el trato, la fama y una diferencia de diecisiete años entre el presunto padre y el hijo.

1) Nombre. Que el hijo haya usado constante.

2) Trato. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

3) Fama. Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

4) Diferencia de edad. Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad del hijo contada desde su concepción, o sea diecisiete años de diferencia entre padre e hijo.

Esta prueba en nuestro derecho, no se exige en forma rigurosa, más bien nuestros legisladores elevaron a la categoría de precepto legal la opinión dominante de que bastará la concurrencia de dos elementos para que el juez pueda declarar probada la posesión de estado, aun cuando elemento que faltase fuese el del nombre. Es importante observar que la ley es más exigente para la

posesión de estado de hijo legítimo, que para la posesión de estado de hijo natural. La ley sólo exige para los hijos naturales, que se justifique por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento (ni fama, ni nombre).

Cuando una persona nacido de matrimonio carece de las actas del registro civil que dan prueba plena de su estado, tendrán que demostrar la posesión de estado, cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros. En este caso, la ley otorga al hijo y a otros interesados, la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.(2)

2.3. CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA ACCION DE RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO LEGITIMO.

I.- Cuando falta al hijo su acta de nacimiento y, además no tiene posesión de estado. II.- Cuando falta el acta de nacimiento, pero el hijo si tiene posesión de estado. III.- Cuando falta la posesión de estado, pero el hijo tiene acta de nacimiento, y IV.- Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

II.- En éste primer caso no debería concedérsele acción alguna, pues no tiene ni el título perfecto, ni el que suple al acta de nacimiento. A pesar de eso sólo bajo determinadas condiciones muy especiales, el derecho permite esta investigación de la maternidad respecto de la mujer casada que a su vez

(2) ROJINA Villegas Rafael, Ob. Cit. p.p. 466-468

respecto de la mujer casado que a su vez permitirá determinar la filiación legítima, ya que una vez que se logra comprobar que una mujer casada dio a luz a un determinado hijo, se le imputará a su marido.

En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito (acta de bautismo, en la cual se presume que la madre y el padre reconocen al hijo), o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

II.- El segundo caso refiere a la falta de acta de nacimiento, pero teniendo el hijo su posesión de estado. Tiene un título y normalmente el hijo que está en este caso, no tiene por qué ejercitar una acción de reclamación de estado, ya que goza de todas las ventajas de hijo legítimo, durante la vida de los padres; En el momento en que surja un conflicto en el caso de herencia, o haya incumplimiento de obligaciones, o se desconozca su calidad de legítimo, será cuando sí tenga necesidad de reclamar su estado, mediante una acción imprescriptible para él y sus descendientes. (Debe existir una sentencia que determine que ha perdido ese estado). Podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.

III.- Este tercer caso es entendible, pues en principio es bastante prueba el acta de nacimiento, ya que de ella, en relación con el acta de

matrimonio de los padres, se desprende su calidad de hijo legítimo; pero puede impugnarse por algún interesado considerándola falsa. Puede seguirse un juicio que tenga por objeto desconocer el acta de nacimiento a fin de que se declare que falsamente se hizo aparecer aquel hijo como de mujer casada. (se configura los delitos contra el estado civil).

IV.- El último caso: contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado, la primera demuestra que el hijo tiene determinados padres.

Desde el punto de vista del hijo, él puede reclamar la calidad de legítimo que más le convenga: en función de su acta de nacimiento, o en función de posesión de estado. Pero necesariamente tendrá que desconocer la situación que resulte contradictoria con sus pretensiones.

Toda contradicción, por consiguiente, no sólo desde el punto de vista de la acción del hijo para reclamar su estado, sino de la acción de los padres interesados, unos invocando el acta de nacimiento otros invocando su posesión de estado, tendrá que tramitarse y ventilarse a través de un juicio en donde recíprocamente se están ejercitando acciones que tienen por objeto reclamar un estado.

La acción de reclamación de estado tiene tres características: 1) Es una acción imprescriptible para el hijo y sus demás herederos, acreedores, legatarios o donatarios; 2) Es personalísima durante la vida del hijo, pero transmisible por herencia y susceptible de ser intentada incluso por sus

acreedores, legatarios o donatarios, a su muerte; 3) No puede ser objeto de transacción. Dentro de estas características se incluye los sujetos que pueden ejercer la acción.(3)

2.4. LEGITIMACION.

La legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos, por el matrimonio subsecuente de sus padres.

Anteriormente sólo se les podía legitimar a los hijos llamados naturales, quedaban excluidos los hijos extramatrimoniales, calificados como espúreos, adulterios, etc., estos estaban en una situación de inferioridad.

Actualmente el Código Civil vigente iguala la situación jurídica de todos los hijos, sin importar su origen, ha eliminado totalmente el interés de la legitimación.

Para poder legitimar a los hijos se requiere además, el reconocimiento de los mismos, ya sea anterior, en el momento de realizarse el matrimonio, o con posterioridad al mismo. En este último caso, a los efectos del reconocimiento se retrotraen al momento del matrimonio para considerar a los hijos como nacidos dentro del mismo.(4)

(3) *Idea.*

(4) *Ibidem* p.p. 468-470.

SUMARIO

CAPITULO TERCERO

REGIMEN DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

3.1. DENOMINACION TRADICIONAL DE LOS HIJOS NACIDOS

FUERA DE MATRIMONIO.

3.2. FORMAS DE ESTABLECER LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

3.3. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN HIJO.

3.4. RECONOCIMIENTO FORZOSO O JUDICIAL.

CAPITULO TERCERO

REGIMEN DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

3.1. DENOMINACION TRADICIONAL DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Hemos mencionado que por filiación natural se entiende al vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas: a) Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir, ningún impedimento; y b) Una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adulterinos.

Se denominaban hijos naturales simples, aquellos que nacían de una unión extramatrimonial en la que no hubiese impedimento, ni en razón del parentesco, ni de un enlace anterior, para celebrar matrimonio.

Otro tipo de impedimentos, la falta de edad, la enajenación mental, la impotencia incurable para la cópula, etc., no manchaban la calidad simplemente natural del hijo; la condición que se considero deshonorosa sólo se atribuía por aquellos impedimento que hubiesen convertido la unión de los padres

en incestuosa (en razón del parentesco consanguíneo en línea recta, en línea colateral entre hermanos, o entre tía y sobrino, no dispensado), o en adulterina, porque existiera un matrimonio no disuelto, aún en los casos en que de buena fe, como ocurre en el matrimonio putativo, se desconociese la existencia de ese matrimonio, o se considerare que ya había quedado disuelto por la muerte simplemente presunta, no real, de uno de los cónyuges.

En el Código Civil vigente se ha borrado hasta donde le fue posible al registrador esta clasificación.(1)

3.2. FORMAS DE ESTABLECER LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

Las diversas situaciones que pueden presentarse Manuel F. Chávez Asencio, las divide en tres: hijos no reconocidos, filiación aceptada, de hecho; filiación por reconocimiento voluntario o por sentencia.

A) HIJOS NO RECONOCIDOS.

No todos los hijos habidos fuera de matrimonio se encuentran en igual situación jurídica. Existen algunos, los más desprotegidos, que no tienen medio alguno para probar la relación de consanguinidad y se encuentran totalmente desamparados al no poder hacer referencia a la madre o al padre que los procreó; no hay dato, prueba o referencia alguna de alguna de los progenitores, por lo cual la relación jurídica paterno-filial nunca podrá establecerse.

(1) CHAVEZ Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1992, p.p. 119-120

B) FILIACION ACEPTADA DE HECHO.

Existen otros casos en los cuales hay ciertos elementos directos o indirectos, ciertas pruebas que hacen posible detectar e identificar en muchos casos a los progenitores, en la mayor parte de los casos al padre, por que la madre raras veces desconoce a sus hijos. En estos casos, los hijos naturales se encuentran en una mejor posición pues existe una apertura para lograr el reconocimiento del progenitor que no lo hubiere hecho, o bien, la investigación de la paternidad o de la maternidad con los elementos que se le ofrecen como prueba.

CLASES. La situación de los hijos no reconocidos puede ser de dos clases: Absoluta (bilateral), en el caso en que ninguno de los progenitores los hubiese reconocido. La segunda es la relativa (unilateral), que se da cuando sólo uno de ellos ha negado el reconocimiento.

DEBER DE LOS PROGENITORES. del hecho de la generación resulta el nexo fisiológico moral que obliga a todo padre a atender, cuidar o alimentar a su hijo como una obligación natural. Desde el punto jurídico, en nuestro derecho no está clara la obligación del reconocimiento paterno y hay una incongruencia, que previene que "la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo. Tienen la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo". Cómo si el padre tuviera el derecho de no reconocer a su hijo?. La incongruencia se destaca aún más al observar que en la evolución de nuestro

derecho se ha tratado de igualar al hombre y a la mujer, pero en este aspecto sigue vigente una protección infundada e inmoral al padre que se desliga de sus obligaciones respecto al hijo, generando situaciones graves en perjuicio de ambos.

Es evidente que la consanguinidad genera el deber con cargo a los progenitores de establecer la relación jurídica paterno filial que se hace posible por el reconocimiento de los hijos tanto por la madre como por el padre, en especial cuando existen algunos elementos de prueba. Esto no priva al reconocimiento de ser un acto jurídico, pues es posible el nacimiento de un acto jurídico del cumplimiento de una obligación. Así mismo, en ciertos casos en los cuales exista una seria presunción humana de la relación biológica existe el deber jurídico de conocer.

Esa relación jurídica paterno filial sólo puede establecerse cuando hay una prueba de la filiación, lo que se dificulta para los hijos nacidos fuera de matrimonio; el Derecho está supeditado a la comprobación de la consanguinidad de la que se ha hablado anteriormente, a la existencia de una relación natural paterno filial, pues sino será imposible la existencia de dicha relación.

El deber de reconocer del que se hablo primeramente lo encontramos en las siguientes situaciones:

1) Aceptación de hecho, cuando exista en favor del hijo un principio de prueba, como puede ser escritos, testigos o actuaciones del padre; generándose la posibilidad de investigar la paternidad como un derecho del hijo, se origina necesariamente el deber del padre de reconocer al hijo.

2) La posesión de Estado, de hijo natural constituye la segunda situación por la cual surge el deber del padre de reconocer a su hijo; esa posesión resulta de una serie de hechos que en conjunto concurren a demostrar la relación de filiación y parentesco entre un individuo, y su familia a la cual él pretende pertenecer.

Para que la posesión del estado de hijo de presunto padre constituya una prueba en la investigación de paternidad, hasta que se demuestre, como ya se dijo por los medios ordinarios de prueba, "que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero o que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento", se requirió probar la fama y el trato.

3) Delito como consecuencia de los delitos de rapto, estupro y violación, surge el deber natural de reconocer a los hijos nacidos con motivo de esas relaciones sexuales, que genera un derecho en favor del hijo para investigar la paternidad, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

De lo dicho anteriormente se derivan las pruebas que pueden apartarse para probar la relación paterna filial de hijos fuera de matrimonio; solo falta mencionar en caso de concubinato, cuya filiación se prueba con probarse la existencia del mismo, y por último, cuando exista en favor del hijo un principio de prueba en contra del pretendido padre.

El incumplimiento del deber de los padres faculta a los hijos para la investigación de la paternidad, en los casos permitidos por el Código Civil, y la investigación de la maternidad, con la excepción que no será permitida la misma, cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

C) FILIACION POR RECONOCIMIENTO O POR SENTENCIA

La tercera situación se presenta cuando el hijo es reconocido voluntariamente por el padre o por la madre o por ambos, o cuando se hubiera seguido el juicio de investigación de la paternidad o maternidad y por sentencia se declare la misma. En estos casos la relación paterno filial está demostrada, existe jurídicamente y se producen los deberes, derechos u obligaciones entre los sujetos de esta relación, con efectos iguales a los de la filiación legítima. (2)

3.3. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE UN HIJO.

Reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual quiénes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran conjunta o separadamente, que lo

(2) CHAVEZ Agencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Ob. Cit. p.p. 132-133.

reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley. Por el mismo una persona manifiesta ser padre o madre de otra. Se establece una presunción en relación al padre de que el reconocido es hijo del reconociente; esta presunción se basa en un concepto de fidelidad respecto a la mujer que lo engendró, con la cual ha tenido relaciones sexuales.

Como punto de partida se puede decir que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, solamente, declarativo, personalismo, puro e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno filial.

En nuestra legislación el reconocimiento se puede lograr utilizando alguno de los actos jurídicos que como modos se establecen como unidos, pueden dividirse en dos: aquellos que hacen ante el juez del Registro Civil y cumplen todos los requisitos que exige el mismo, y aquellos otros que se hacen ante notario o juez de lo familiar y que se constituyen documentos que permiten solicitar del juez del Registro Civil en forma directa o jurídicamente, la inscripción del título en el Registro Civil para que produzca efectos frente a todos.

Estas formas de establecer el reconocimiento, se traducen en maneras de filiación fuera de matrimonio, resultando dos: Reconocimiento Voluntario y la imputación de paternidad a través del juicio de investigación respectivo.

El reconocimiento prueba, ya sea el parto en relación a la madre, ya sea la concepción en relación al padre, pero no la identidad del hijo favorecido con el reconocimiento. Por ser un acto jurídico familiar genera un estado jurídico también familiar, entre el reconocimiento y el reconocido, cuyos efectos son los siguientes:

Patria Potestad. El reconocido entra bajo la Patria Potestad de quien lo reconoce. Tutela legítima. El reconocimiento puede dar lugar a la tutela legítima cuando ésta tenga que ser constituida. Apellido. El reconocimiento tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores a ambos apellidos de quienes lo reconozcan. Alimentos. Tiene derecho a ser alimentado por las personas que lo reconocieron. Sucesión. El hijo reconocido tiene derecho a la porción hereditaria que determine la persona que lo reconoció, o lo que marque el Código Civil en la sucesión intestada.

Comenzaremos por referirnos más profundamente a la primera forma de reconocimiento:

RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

La maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación entre la madre y el hijo resulta del sólo hecho del nacimiento. No importa si la madre está o no unida en matrimonio en el momento de la concepción de su hijo, pues nacido éste, se crea el lazo de filiación entre dos por razones biológicas mismas que recoge el derecho para establecer entre ambos las consecuencias

jurídicas de la filiación. Solamente en forma excepcional, cuando la madre da a luz sin testigos y después abandona al hijo, o cuando se hace pasar al recién nacido como nacido de otra mujer, podrá surgir con posterioridad el reconocimiento de la madre con respecto a su hijo.

No sucede lo mismo con respecto al padre del hijo nacido fuera de matrimonio. Por evidente que resulte para la madre, para el propio padre y para muchas otras personas que conocen a ambos, que el hijo de la mujer no casada es de determinado varón, el derecho no tiene elementos, para establecer entre ellos el lazo de filiación, puesto que la madre soltera no tuvo como la casada, deberes de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un hombre cierto: el marido de la mujer casada. Por ello, para que surjan las consecuencias jurídicas de la paternidad y filiación, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón.

Para efectuar un reconocimiento se requieren ciertos requisitos sustanciales y formales.

REQUISITOS SUSTANCIALES EN EL RECONOCIMIENTO.

a) EDAD.

Que es la mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trata, contada desde su concepción. Por lo que el hombre que quiera

reconocer a su hijo deberá tener cuando menos diecisiete años (dieciséis, que es la mínima para contraer matrimonio, más casi un año que tarda la gestación de una persona).

b) CONSENTIMIENTO.

Consentimiento si el que intenta reconocer a un hijo es un menor de edad, requiere del consentimiento de las personas que sean sus representantes legales (los que ejerzan la Patria Potestad o la tutela) y, a falta de ellos, de la autoridad judicial. También del consentimiento del propio hijo que se va a reconocer, si ya cumplió la mayoría de edad. La madre del hijo que va a reconocer, debe consentirlo, pues sin este requisito, el reconocimiento que se haga quedará sin efecto, ya que ella tendrá el derecho de contradecirlo.

c) HIJO NATURAL.

Hijo de madre soltera o desconocido por el marido de la mujer casada.

El hijo de mujer casada nace con certeza de filiación con respecto al marido de su madre; por ello ningún hombre puede efectuar el reconocimiento de un hijo de mujer casada, excepto cuando el marido ha obtenido sentencia a su favor de desconocimiento de la paternidad. El hijo de mujer soltera puede ser reconocido por cualquier varón siempre que la madre otorga su consentimiento.

REQUISITOS FORMALES EN EL RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento deberá realizarse mediante alguna de la siguientes cinco formas:

a) En el acta de nacimiento, ante Juez del Registro Civil.

b) Ante la misma autoridad, pero en cada especial de reconocimiento. Esto sucede cuando ya se ha levantado previamente el acta de nacimiento y en ella no consta el nombre del progenitor.

c) Por escritura pública ante notario

d) Por testamento

e) Ante el Juez de lo familiar, por confesión directa y expresa.

Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de las formas anteriores, excepto por testamento, las autoridades ante quienes se lleve a cabo deberán exigir el requisito del consentimiento de la madre pues, de otro manera, el reconocimiento quedará sin efecto.

La filiación surgida por reconocimiento voluntario tiene ciertas características que la diferencian de la filiación matrimonial, ésta establece la certeza jurídica tanto para el padre como para el hijo. No sucede lo mismo con la primera, ya que puede ser objeto de acciones de nulidad, de impugnación, y se convierte en irrevocable. Siendo estas sus tres características.

a) Nulidad del reconocimiento

Es anulable cuando fue hecho por un menor de edad y prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar su acción hasta años después de la mayor edad.

Podría pensarse en consecuencia, que el derecho de pedir nulidad del reconocimiento se le niega al que lo efectuó en su mayoría de edad. Sin embargo, si se aplican las reglas genéricas de la nulidad de los actos jurídicos (el reconocimiento es un acto jurídico de derecho de familia) tendría que aceptarse la nulidad de ese acto de acuerdo a lo prescrito en el Código Civil en su artículo.

Si el que reconoce a un hijo lo hizo mediante error fortuito o provocado por dolo, o mantenido por mala fe, o si sufrió violencia al ejecutar el acto de reconocimiento, se tendrá que aplicar la norma general de nulidad, basado en estas causas. Los plazos para pedir este tipo de nulidad serán los señalados generalmente para las acciones personales. La acción de nulidad por error prescribe a los sesenta días, contados desde que fue conocido el error. Respecto a los actos realizados por violencia, prescriben a los seis meses contados desde que cesó la misma.

b) Impugnación del reconocimiento.

Tiene este derecho en primer lugar, el hijo que fue reconocido siendo menor de edad. Al llegar a la mayoría, tiene dos años para intentar la acción de impugnación si antes tuvo noticia del reconocimiento, o dos años, a partir de

la fecha en que la adquirió.

Pueden ejercer el derecho de impugnar el reconocimiento: la madre, cuando no se obtuvo su consentimiento para efectuarlo; la mujer que se ha portado como madre respecto al hijo reconocido; el Ministerio Público, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor; el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente, o sólo para el efecto de la exclusión; el tercero afectado por obligaciones derivadas del mismo ilegalmente efectuado (lo tiene en derecho de excepción).

Ninguna acción de impugnación puede proceder por causa de herencia cuando se trata de privar de ella a un menor reconocido.

c) Irrevocabilidad del reconocimiento.

El reconocimiento legalmente efectuado es irrevocable. Si se hizo por testamento, cuando este se revoque no se tendrá por revocado el reconocimiento en sí (si el testamento es público-abierto); pero si el testamento es público cerrado u ológrafo y el testador lo revoca y recoge los pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través del mismo se revocará junto con el testamento.

La consecuencia directa, del reconocimiento es crear el lazo de la filiación entre progenitor e hijo.

El artículo 445 del Código Civil para el estado de Guanajuato, nos dice que las consecuencias del reconocimiento son el derecho de: llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que los reconozca; ser alimentados por estos y apereibir la porción hereditaria y los alimentos que elija la ley.

Consecuencia indirecta del reconocimiento es el surgimiento de la patria potestad. En razón del lazo de la filiación surgido por el reconocimiento el progenitor obtendrá el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad.

Cuestión diferente es la relativa a la custodia de los hijos si los dos progenitores reconocieron al hijo y viven juntos, comparten tanto la patria potestad como la custodia del hijo menor de edad. Si reconocen sucesivamente tendrá la custodia de el que primero reconoció. Si reconocen al mismo tiempo, pero viven separados convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia y, en caso de desacuerdo, resolverá finalmente el Juez de lo familiar, con comparecencia del Ministerio Público y de los propios interesados.(3)

3.4. RECONOCIMIENTO FORZOSO O JUDICIAL.

En el Código Francés en principio se prohibió la investigación de la paternidad, aunque hubiere ciertas circunstancias que como el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo, permitiesen presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera. La única excepción que

(3) DE IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A. México D.F., 1993

admitió ese ordenamiento fue la relativa al raptó, pero tuvo escasas aplicaciones. Por razones que se consideraron de moralidad social, para evitar escándalos, a su vez que chantajes, pruebas falsas, testigos sobornados, maniobras de aventureros, etc., se prohibió que se pudiera investigar la maternidad.

En los códigos modernos y así lo admite nuestro Código Civil vigente y lo reconoció la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la paternidad si puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, como estupro etc.

No habiendo reconocimiento por parte de los progenitores, los hijos extramatrimoniales tienen el derecho de establecer la relación paterno-filial por sentencia que se obtiene al ejercer la acción de investigación de la paternidad. Puede definirse diciendo que es el derecho que tienen los hijos habidos fuera del matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial.

La investigación de la paternidad se dice que no procede en todos los casos: "se ha tomado, sin gran utilidad, la costumbre de llamar reconocimiento forzado a este modo de prueba, expresión poco feliz, pues el Juez

quien "reconoce la filiación y no el padre o la madre, los que lejos de reconocerla, la discuten hasta el fin"; se le impone la relación jurídica paterno-filial por sentencia."

Antes de entrar al estudio de los casos permitidos, debemos tomar en cuenta que la filiación se basa en un nexo biológico, por el cual se puede afirmar que una persona desciende de otra. Esto implica la prueba de la concepción y de la identidad.

No bastan las relaciones sexuales. En los tres casos de delito (rapto, estupro o violación), se deduce una presunción cuando el delito coincide con la concepción. Se conoce la madre como la persona que sufre el delito, quien presenta una querrela y se obtiene sentencia condenatoria contra un determinado varón; el período legal de concepción, esta entre los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

1) En relación al rapto como delito el Código Penal señala que es el apoderamiento "de un mujer por medio de la violencia fiscal o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico o sexual o para casarse" surge la pregunta si el proceso de investigación de la paternidad requiere la sentencia que hubiere condenado al presunto padre en un proceso penal. La ley no exige el previo juicio penal; basta que el Juez de lo civil, aplicando el Código Penal, estime con las pruebas que aportaron que si cometió algunos de los delitos señalados.

Con esta prueba se satisface el requisito de acreditar las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y una determinada mujer, pero no necesariamente se acredita que el demandante sea el concebido por esas relaciones sexuales. Debe comprobarse el nexo biológico, pues la filiación descansa en este nexo. Está es una presunción iuristantum que deberá probarse, (vgr. en este caso, que la concepción sea dentro de los primeros 120 días de los 200 que han precedido al nacimiento).

En los delitos de estupro y violación se presenta idéntica situación al primer delito, comprobable en la misma forma.

2) Posesión de Estado - ya analizada, solo aclaramos que a diferencia de las otras situaciones de investigación, no se requiere probar la relación sexual habida, ni el nexo biológico.

3) Concubinato - se presumen como hijos del concubinario y la concubina los nacidos después de ciento ochenta días contados desde el día en que comenzó el concubinato y los nacidos dentro de los 300 días siguientes al que cesó la vida en común entre dos concubinarios. En este caso se requiere la prueba del concubinato; probado éste, surgirá efecto la presunción que se establece. La prueba del concubinato puede lograrse por los medios ordinarios de prueba.

4) Principio de prueba contra el padre - el Código Civil permite la investigación de la "paternidad," cuando el hijo, tenga a su favor un principio

de prueba por escrito, contra el pretendido padre. (también es prueba presuncional).

Hablaremos ahora de la forma de investigar la maternidad, podemos decir que está abierta y puede probarse por cualquier medio ordinario de prueba, pero hay un excepción, cuando esta investigación "tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Pero esta prohibición termina cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal. Siendo los casos de raptó, estupro o violación, y siempre y cuando haya una sentencia en la que se condene al supuesto padre (delincuente), puede hacerse la investigación de la maternidad en relación a la ofendida.

Por otro lado, para concluir mencionaremos que el que puede intentar la acción de investigación de paternidad es el hijo nacido fuera de matrimonio; y la de maternidad el mismo hijo y sus descendiente (pero estos últimos solo durante la vida del hijo).

El Código Civil para el Estado de Guanajuato permite la investigación de la paternidad en los siguientes casos:

Art 438. Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la paternidad en:

1ro. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época en que se cometieron coincida con la concepción.

2do. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre.

3ro. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

4to. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

El artículo 441 de Código Civil de Guanajuato permite al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la investigación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada al tiempo de nacer aquél. (4)

(4) DE IBARROLA Antonio, Ob. Cit. p.p. 424-425

SUMARIO

CAPITULO CUARTO

ANALISIS JURIDICO A LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

- 4.1. Concepto.
- 4.2. Evolución Histórica
- 4.3. La Patria Potestad en el Código Civil
Vigente en el Estado de Guanajuato.
- 4.4. Características de la Patria Potestad.
- 4.5. Consecuencias Jurídicas.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS JURIDICO A LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1. CONCEPTO.

Patria Potestad viene del latín patrius, lo relativo al padre y protestas. Potestad. Actualmente se ve "más que un poder. una protección.. Protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún a la madre sola en defecto del padre".

Planiol define a la Patria Potestad diciendo que es "el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres". Agregando que no deben perderse de vista que estos poderes y derechos, "únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir; solo existe la patria potestad porque hay obligaciones a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase, la educación del hijo".

"La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determinan la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implica reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece: primordialmente la formación integral de los hijos".

En el Código Civil no encontramos definición sobre la patria potestad. Se habla de ella en relación a sus efectos: respecto de la persona de los hijos, y, respecto de los bienes del hijo. Esto implica que se hable de deberes y obligaciones de los padres; deberes en relación a la persona y las obligaciones en relación a los bienes del hijo; también existen derechos de los padres que están relacionados con su situación de padres dentro de esa relación jurídica.

El Dr. Galindo Garfias señala que " la Patria Potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere". De Diego la conceptúa como "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".

En todas las definiciones se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tiene una naturaleza especial y un fin determinado. Es evidente que el fundamento de la Patria Potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos. Independientemente que el Estado la acepte y la regule, la patria potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.(1)

(1) GALINDO Garfias Ignacio, Reformas al Código Civil en Materia Familiar, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1992, P. 125

4.2. EVOLUCION HISTORICA.

La historia de la Patria Potestad nos demuestra un proceso paulatino, pero continuado, de debilitamiento de la autoridad paterna. La organización de las sociedades primitivas descansaba en la construcción y fortaleza de la unión familiar, la cual tenía a su vez una sustentación de carácter profundamente religioso, como se supone que era la concepción del mundo y de la vida en las épocas arcaicas. El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de allí su enorme autoridad. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto del pater familias.

Características de la Organización Patriarcal y, por ende, de una patria potestad de carácter absolutista, fue la del pueblo romano.

DERECHO ROMANO.

La familia en Roma estaba organizada sobre la base del Patriarcado. De aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario.

Parentesco viene de *parens*, *parentis* el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende, los romanos entendían el parentesco en dos sentidos: el parentesco del derecho civil y el natural.

Se entiende por parentesco natural el que deriva de las mujeres cuando tienen hijos ilegítimos: (se llama cognatio) participa el parentesco de ambos derechos - natural y civil - cuando deriva de un matrimonio legítimo (se llama también agnatio). La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna.

La patria potestad pertenecía al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil. El derecho de potestad que tienen sobre los hijos es propio de los ciudadanos romanos. (esto dice Justiniano en sus instituciones).

También pueden estar bajo la potestad paterna el adrogatio y el adoptado.

Vista en su primitiva sencillez, esta Potestad puede resumirse en 3 posiciones:

- 1) El jefe de familia era el jefe del culto doméstico.
- 2) Los hijos de familia eran incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquirían era adquirido para la paterfamilias.
- 3) La persona física de los sujetos a esta potestad estaba a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los podía castigar, emplear en distintos trabajos, vender y aun darles muerte. Para esta Potestad es necesario ser sui iuris.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

La principal fuente de la potestad paterna era la *illustrae nuptiae*, el matrimonio legítimo, pero cuándo no había descendientes varones el derecho civil antiguo permitía la *adrogation*, adopción y después la legitimación. Lo anterior tiene relación con:

FILIACION:

Era el lazo natural que relacionaba a una infante con sus autores. La filiación más plena es sin duda aquella que emana de las *illustrae nuptiae* y que vale para los hijos la calificación de *liberi iusti* - hijos legítimos.

La cual para que produjera cualquier efecto debería ser legalmente cierta, esta certidumbre siempre existe con respecto a la madre porque el parto es un hecho fácil de constatar. En cuanto a la paternidad, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministraba y este era su gran fin social.

LA ADROGATIO:

Adopción: es un acto solemne y personalísimo, que hacía caer a un ciudadano Romano bajo la Potestad de otro ciudadano.

LEGITIMATIO:

Presuponía una relación natural de padre a hijo, adquirida por efecto del nacimiento, era para el padre una manera de obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido *sui iuris*.

ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD

El hijo de familia no podía tener nada en propiedad, todo lo que adquiría pasaba a engrosar el patrimonio único del paterfamilias. podía hacer acceder al padre, pero no obligarlo a comprometer su patrimonio haciendolo deudor, lo cual fue cambiado con posterioridad por medio de las acciones adiectiatae qualitatis (cualidad de la persona). dadas en favor de los terceros que contrataban con los hijos.

El hijo que con su actividad contribuía a acrecentar ese patrimonio, sobre del cual se considera que tiene una copropiedad latente, por lo que, cuando moría el paterfamilias, su titular recogían esos bienes a título de herederos sui-herederos suyos.

El padre acostumbraba dejarle al hijo, como lo hacía con sus esclavos, ciertos bienes que formaban un peculio profecticio y sobre los cuales tenía cierta libertad de administración para conservarlos y tratar de acrecentarlos, conservando siempre el padre la propiedad de ellos. Si es hijo emancipado, el peculio le podía ser recogido o dejado, a opción del paterfamilias.

Pero a partir del reinado de Augusto se admitió que los hijos de familia fueran propietarios de los bienes que adquirirían con ocasión del servicio militar (formando su peculio castrense).

Después pudieron formar el peculio quasicastrense, los hijos de familia que tenían un puesto en el palacio del emperador pudiendo guardar para sí sus salarios y regalos.

Con Constantino se inició el llamado peculio adventicio formado por los bienes que el hijo heredase de la madre; sobre estos bienes el pater solo tenía el usufructo y la administración, estando reservada la propiedad al hijo.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

A) POR ACONTECIMIENTOS FORTUITOS:

- 1.- La muerte del paterfamilias
- 2.- La pérdida de la ciudadanía del padre
- 3.- La reducción a la esclavitud
- 4.- La elevación del hijo a ciertas dignidades
- 5.- La caída en esclavitud del hijo
- 6.- La hija por caer en mano

B) ACTOS SOLEMNES:

- 1.- La entrega en adopción y
- 2.- La emancipación

En el Derecho Germánico "el padre tiene la "munt" sobre el hijo que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio de hijo".

"La Potestad del padre no es vitalicia como en el Derecho Romano, sino que termina cuando el hijo ya crecido comience una vida económica independiente".

Esté Derecho Alemán, conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta para el derecho, haciéndose valer después de la muerte del mismo.

En relación a los bienes, "se reconocía la institución de la llamada tutela paterna, en virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor todo patrimonio del hijo, sin estar sujeto, sin embargo a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor; en el derecho común actual no se mantuvo la naturaleza del propio vitalicio de la patria potestad, sino que bajo el nombre de emancipatio juris germania, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza una economía independiente, la hija también cuando se casa". Por el contrario, si habla en modo alguno de Patria Potestad en la mujer (muerto el padre se constituía la tutela de la madre).

En España influye está legislación germánica respecto de la organización de la patria potestad.

De la evolución resulta evidente que es anacrónico el término de patria potestad, porque actualmente ya no hay tal Potestad; es decir no hay un poder sobre la persona o sobre la cosa, sino un conjunto de deberes,

obligaciones y derechos de los padres y que se ejercen en beneficio de los hijos. Más que una Potestad o un poder, se trata de un servicio, del ejercicio, de la autoridad de la que se excluye toda idea de autoritarismo.

En relación a la patria potestad de los hijos naturales, el Derecho de los pueblos antiguos, no atribuía la patria potestad al padre natural. "Ello obedecía, según Fustel de Coulanges, al carácter religiosa de la autoridad paternal: teniendo ésta por principio el culto doméstico el hijo nacido de concubinato no podía colocarse bajo la autoridad del padre; entre el padre y él no existía comunidad religiosa: nada, pues, confería al primero la autoridad que obligaba al segundo a la obediencia; por si sola la paternidad no abra ningún derecho al padre".

En México, en los Códigos de 1870 y 1884 se trato de la siguiente forma:

Código Civil Mexicano de 1870

En esté la patria potestad era ejercida sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos; los hijos menores de edad no emancipados, estarían bajo la Patria Potestad, si existía alguno de los ascendientes a quien le correspondiera según la ley.

- I.- El padre.
- II.- La madre.
- III.- El Abuelo paterno
- IV.- El Abuelo materno

V.- La Abuela paterna

VI.- La Abuela materna

Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente, entraría al ejercicio de patria potestad el que le seguirá en el orden establecido anteriormente lo mismo se observa en caso de renuncia.

Mientras estuviera el hijo en la Potestad:

- No podía dejar la casa del que la ejercía sin permiso de éste o por decreto de la Autoridad Judicial competente.

- El que la ejercía tenía la obligación de educarle, corregirle y castigarle; Auxiliados por la Autoridad de una manera prudente y moderada cuando fuera requerida para ello.

- El que esta bajo esta potestad, no podía comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que la ejercía.

Con respecto a los efectos de la patria potestad en los bienes del hijo:

- El que la ejercía era legítimo representante de los que estaban bajo de ella, y administrador legal.

- Los bienes del hijo bajo patria potestad se dividían en 5 clases:
1) Bienes que procedían de donación del padre; 2) Bienes donados por la madre o

de los abuelos, aun cuando estas personas ejercieran la potestad; 3) Bienes donados por parientes colaterales o personas extrañas; 4) Bienes debidos a don de la fortuna, y 5) Por último los adquiridos por un trabajo honesto.

En la primera clase la propiedad pertenecía al hijo y la administración al padre; el cual podía concederle la administración, y señalarle la porción de frutos que estimará conveniente; si no hiciera esta designación tendría el hijo la mitad de los frutos.

En la segunda, tercera y cuarta clases la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo eran siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del padre, pudiéndole ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo o ambas.

Y por último la quinta, en la que la propiedad, administración y usufructo pertenecían al hijo.

Los réditos y rentas que se hayan vencido, antes de que el padre entrará en posesión de los bienes, pertenecían al hijo, forman parte del capital de este.

Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por ley o por voluntad del padre, se le consideraba respecto de esa administración como emancipado, pero con restricciones.

El padre no podía enajenar, ni gravar de ninguna forma los bienes inmuebles (administrados y por usufructo), sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del Juez competente.

El derecho de usufructo, concedido al padre, se extinguía por: a) por la emancipación o mayor de edad de los hijos; 2) cuando la madre pasaba a segundas nupcias y por renuncia. (Si esta se hacia en favor del hijo, era considerada como donación).

Los padres no tenían obligación de dar cuenta de su gerencia, solo de los bienes de que eran administradores. Los padres debían entregar a sus hijos, luego que estos se emancipaban o llegaban a la mayoría de edad.

La patria potestad se acababa por:

- 1) Por la muerte del que la ejerce y no hay quien la ejerza.
- 2) Por la emancipación y por la mayoría de edad (que era de 21 años).

Se perdía cuando:

- 1) El que la ejercía era condenado á alguna pena que importaba la perdida de está.

2) Cuando haya sido dictada por un tribunal.

Y se suspende por:

- 1) Incapacidad, declarada jurídicamente del que la ejercía.
- 2) La ausencia declarada en forma.
- 3) Sentencia condenatoria que imponga la pérdida de esta.
- 4) Los padres conservan el derecho al usufructo de los bienes del menor, si por demencia habían quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

En caso de que no hubiera quien ejerciera la potestad, se proveyó de un tutor.

Si se perdía la Patria Potestad o se renunciaba no se podía recobrar; y por último si la madre o abuela viuda, daba a luz un hijo ilegítimo perdía el derecho a ejercer la patria potestad. (2)

4.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El Código Civil vigente en el Estado, regula la patria potestad en cuanto a sus efectos y a los modos de terminar y suspenderse.

Dentro de los efectos de la persona de los hijos menciona: (Arts. 465 a 478).

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

(2) CHAVEZ Ascencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1992, p.p. 274-282

Los menores de edad no emancipados estarán bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendentes que pueda ejercerla.

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

El artículo 468 nos habla de quiénes y en que orden se ejerce la Patria Potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio:

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

Cuando los padres vivían separados pero reconozcan juntos al hijo, en el mismo acto, convendrán quien de los dos ejercerá la patria potestad y si no, lo decidirá un Juez Civil; si el reconocimiento del hijo se efectúa sucesivamente por padres que no vivían juntos ejercerá la patria potestad el que primero lo hubiere reconocido, salvo se convenga otra cosa. (si uno deja de ejercerla, entrará a ejercerla el otro).

Si los progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad; al separarse continuarán ejerciéndola, en caso de no ponerse de acuerdo lo decidirá el Juez.

Sobre el hijo adoptivo la potestad la ejercerán sólo las personas que lo adopten.

Las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad tienen la obligación de educarlo conveniente. Sino se notificara al Ministerio Público para que realice lo que corresponda.

Dentro de los derechos de las que ejercen la Patria Potestad esta el corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; podrían ser auxiliados por las autoridades, siempre que sean requeridas.

El que está sujeto a la Potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del o de los que ejerzan ese derecho.

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo: (Arts. 479 al 495):

Los que ejercen la potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a los que prescribe este mismo Código; pero cuando esa se ejerza a la vez por el padre y por la madre, por el abuelo y por abuela o por los esposos adoptantes, el administrado de los bienes y representante será el varón. Este representante no podrá celebrar ningún arreglo para terminar un juicio en el que sea parte el menor, sólo con el expreso consentimiento de su consorte, y con autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Los bienes del hijo, mientras esté en patria potestad, se dividen en dos clases:

- 1) Bienes que adquiriera por su trabajo.
- 2) Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

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

En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a quién ejerce la Patria Potestad; sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por el testador o el donante.

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda; esta renuncia se considera como una donación.

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad; lleva consigo las obligaciones de un arrendador y además las impuestas a los usufructuarios con excepción de las obligaciones de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

- 1) Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados.
- 2) Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- 3) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

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

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, acciones, etc., hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos. Solo podrá hacerlo con autorización del Juez, el que tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destino y para que el resto se invierta en el menor.

El derecho del usufructo concedido a las personas que ejercen la potestad, se extingue:

- 1) Por el matrimonio o por la mayor edad de los hijos.
- 2) Por la pérdida de la Patria Potestad;
- 3) Por renuncia.

Las personas que ejercen la potestad tienen obligación de dar cuenta al Juez de la administración de los bienes de los hijos.

Si los que tienen la potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez en cada caso.

Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que quien ejerza la Patria Potestad derroten o disminuyan los bienes del hijo. Dichas medidas se tomarán a instancias de personas interesadas, del menor con 14 años o del Ministerio Público.

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

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

SE ACABA POR:

- 1) Con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quién recaiga.
- 2) Con el matrimonio del sujeto a ella.
- 3) Por la mayor edad del hijo.

SE PIERDE POR:

- 1) Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condeñado por delito grave;

2) En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 337.

3) Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

4) Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por más de seis meses.

5) Porque el que la ejerza viva en estado de concubinato, a menos que se trate de hijos nacidos en el concubinato.

La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la Patria Potestad.

El nuevo marido no ejercerá la Patria Potestad sobre los hijos del matrimonio anterior

Se suspende por:

1) La incapacidad declarada judicialmente;

2) Sentencia condenatoria que imponga esta suspensión.

La patria potestad no es renunciable por el padre ni por la madre.

Los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

El ascendiente que renuncie a la patria potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.(3)

4.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

A) CARGO DE INTERES PUBLICO.

La actitud de proteger, velar educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma; forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma.

La vida en el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humano. El derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categórica de conductas de interés público.

La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a si mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un

(3) DE IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1993, p.p. 444-446

cargo irrenunciable.

B) IRRENUNCIABLE.

Expresamente el artículo 501 del Código Civil para el Estado determina que "la Patria Potestad no es renunciable por el padre ni por la madre. La patria potestad tiene un significado de interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera de matrimonio y que dejan toda la carga a la madre, misma que precariamente puede cumplir con ella, es uno de los mayores males que padece la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas y que repercuten inevitablemente en la conflictiva social característica de nuestro mundo.

C) INTRANSFERIBLE.

Casi todas las relaciones de carácter familiar son eminentemente personalísimas, no pueden por ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Tal es la patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la potestad.

que pasa a los padres adoptantes. Fuera de esta acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el Juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la potestad.

D) IMPRESCRIPTIBLE.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. El mismo sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden previsto (en la ley).

E) TEMPORAL.

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el Código Civil.

4) EXCUSABLE

La ley permite que, en ciertas circunstancias, lo que ejercen la

patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos: 1) cuando se tienen sesenta años cumplidos, y 2) cuando por el mal estado de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño (art. 501). Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. Cuando quien la ejerce o deba ejercerla se encuentra en estas circunstancias, pueden excusarse de cumplir ante el Juez de lo familiar (si lo hay) quien determinará quien debe entrar en el cargo o se nombrará tutor legítimo o dativo.

Esta excusa, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber, lo que significa que aun cuando se den estas condiciones, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

Ahora haremos referencia a los sujetos activos y pasivos más conceptualmente, porque ya hemos hablado bastante de ellos. (tácitamente)

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo, y sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple.

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a patria potestad; se les nombrará tutor.

La ley determina cómo se cumplirá con la potestad sobre los hijos de matrimonio, y cuando los mismos son habidos fuera de él primer caso Art. 468 de C. Civil vigente.

Con respecto al orden establecido en el Art. 468 para entrar en el ejercicio de la potestad, considero que es criticable, pues es discriminatoria para los abuelos maternos dejándolos en segundos lugar, ya que un Juez podría determinar a quién corresponde esa potestad tomando en cuenta siempre el interés y bienestar de los nietos, debiendo ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón a los 7 años más o menos).

Para los hijos habidos fuera de matrimonio la ley establece lo previsto en el Art. 469 470 y 471; si los hijos nacidos fuera de matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de tutor dativo.

En el caso del hijo adoptivo, en Art. 473 nos dice que la potestad la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.(4)

(4) DE IBARROLA Antonio, Ob. Cit. p.476

4.5. CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Esto se traduce en los derechos y obligaciones surgidos en razón de la patria potestad con una norma de carácter totalmente ético, inicia el legislador la regulación de la patria potestad (Art. 465) que dice "los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta máxima. Por lo tanto este deber supremo lo recoge la ley aunque el mismo es, a todas luces, un principio de carácter incoercible. Por otro lado no deriva de la patria potestad, sino de la calidad de hijo, de la filiación misma, no importando la edad, el estado o condición de los mismos.

El segundo deber que señala la ley es el no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o de Autoridad Judicial (Art. 475). Así el sujeto a potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes la ejercen que normalmente es la misma de unos y otros. Mencionaremos que los menores de edad tienen domicilio legal. (Es el de los padres).

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos a Patria Potestad son correlativos a los deberes y facultades de quienes las ejercen. (5)

De lo que hablaremos a continuación.

(5) *Ibidem*, p. 485

SUMARIO

CAPITULO QUINTO

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

- 5.1. Derechos y Obligaciones de los Menores
Sujetos a la Patria Potestad.
- 5.2. Derechos y Obligaciones de Quien Ejerce la
Patria Potestad.

CAPITULO QUINTO

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

5.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Los deberes integran la relación jurídica, dentro de la cual se tienen derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la patria potestad corresponde otro deber de los hijos y ambos tienen derechos para exigir mutuamente el cumplimiento de los respectivos deberes.

Son varios los autores que tratan de explicar esta relación jurídica a través de los derechos deberes. Al hablar de los deberes-derechos personales de la patria potestad, se expresa que " a su vez ellos crean responsabilidades para los padres y derechos para hacerlas efectivas, y, correlativamente, obligaciones o deberes para los hijos.

Cicu a quien se hace referencia a menudo al tratar la patria potestad, indica que el centro de gravedad es el deber y no el derecho y que " en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber; lo reconoce la doctrina, al afirmar que el deber es aquí la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber; que el derecho

está atribuido como consecuencia a un deber jurídico pre-existente; que es la idoneidad para observar las obligaciones la que constituye el verdadero fundamento de la atribución de los derechos". Después agrega que es interesante observar " que la doctrina se refiere aquí siempre a un derecho, pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo, sino, por el contrario, al derecho del mismo progenitor".

De lo que resulta, ante todo, que la doctrina reconoce en el progenitor aquella coincidencia de derecho y deber que hemos visto que es la característica de las relaciones de derecho público.

No obstante lo expuesto, no se puede desconocer que se trata de una relación jurídica entre personas, que lo son los progenitores y sus descendientes, padres e hijos, y que ambos son sujetos de derecho, pues de lo contrario no podría haber relación alguna.

La protección que exige la sociedad y establece el derecho, no implica el predominio de una parte sobre la otra, sino el cumplimiento de una función que es la paternidad que se da en beneficio del menor de edad, o en caso de la tutela del que tenga incapacidad legal y natural. Evidentemente es una relación jurídica típica del Derecho Familiar, que estimo no debe confundirse con el Derecho Público, pues en este la relación se da entre sujetos que tienen plena capacidad, y aquí se da entre sujetos de los cuales uno no tiene la capacidad de ejercicio, circunstancia que no impide que se de una relación jurídica; pues el tener esa capacidad la relación no existiría.

De lo anterior puede concluirse que no es acertada la teoría del deber-derecho, toda vez que frente al deber de guarda o custodia con cargo a los padres, existe el deber de convivencia del hijo, y de ambos deberes se originan derechos recíprocos: de los padres, el de determinar el domicilio y lograr que el hijo viva con ellos y del hijo el derecho a que lo cuiden. El deber de educación, primordial en la patria potestad, reconoce el derecho de los padres para corregir y amonestar pero no como consecuencia de un deber-derecho, sino como un derecho para lograr el respeto, obediencia y aplicación por parte del hijo que son deberes con cargo a él. Así, podríamos señalar la interrelación de deberes, derechos y obligaciones que en la relación jurídica paterno-filial existen, en donde se respetan a las personal y no hay una Potestad que se impone.

Tanto los padres como los hijos tienen otras relaciones jurídicas con terceros, es decir distintos ordenes de derechos. Unos que se dan en la relación jurídica paterno-filial y otros que se dan fuera de la intimidad de esta relación humana y se enfrentan a todos inclusive al Estado, y se dan para exigir obligaciones de hacer respetar con cargo al Estado a las otras personas de la sociedad.

Por lo anterior, comenzaré hablando en primer término, de los deberes y derechos que existen en la relación jurídica paterno filial. En segundo término con base en las obligaciones y derechos que en la misma se presentan. Esto permitirá ver de conjunto la relación jurídica que tiene, por un

lado a los padres ejerciendo la patria potestad como función y a los hijos por el otro como respuesta de la "responsabilidad filial". Hay que tomar en cuenta que el ejercicio de la patria potestad siempre se hace en beneficio del hijo, pero no en forma discriminada sino de acuerdo a su personalidad.

A) CUSTODIA.- La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados. Es decir, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. Nuestros tribunales hablan que la Patria Potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos.

Es de notarse que nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia. Es decir, la custodia debe ser con cuidado, la que significa la intensidad o profundidad con que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial.

" La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres ". El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos

correlativos de esta relación poterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa.

La convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. Como derecho de los padres es hijos, necesarios para lograr esta convivencia, está el de ser respetados en su persona y en su intimidad, necesarios para lograr la convivencia familiar.

Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral".

A los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonstarlo y al hijo el de ser protegido.(1)

5.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

En nuestra legislación "los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos", también agrega que ni los padres ni los tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos.

(1) ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A. México D.F. 1979, p.p. 483-503

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos; se les vigila en la familia y fuera de ella, no solo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quiénes ejercen la potestad. En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.

B) EDUCACION.- La Ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. (Art. 476 C.C.).

Zannoni nos dice que el deber de dar educación implica ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como proporcionarle una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad, que van a incidir sobre sus inclinaciones de la vida.

Lastán Vázquez refiriéndose a su naturaleza señala que el deber de los padres de educar a los hijos es un derecho natural. Basándose al igual que la patria potestad misma, en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean.

Pero ese deber es, al propio tiempo un derecho, constituyendo así una de las funciones integrantes de la patria potestad.

Frente a la comunidad y frente al Estado, es donde la Patria Potestad se puede contemplar como un derecho subjetivo, y con base en él se puede afirmar el derecho de seleccionar y elegir la educación que corresponda para dar a sus hijos y para exigir al Estado que proporcione escuelas suficientes, etc.

En nuestro Derecho aún cuando la educación está comprendida dentro del concepto de alimentos a ello se hace especial referencia en el Código Civil.

En el capítulo relativo a esta materia se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor tenga un medio de trabajo para bastarse a sí mismo.

Ese deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva. (Art. 477 fue suprimido el castigar).

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevee los medios de obligar a quien no cumpla permitiendo que se denuncien estas omisiones, a los consejos locales de tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda. Según el caso se amonestará o apercibirá a quién no cumpla por el Juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la Patria Potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

C) REPRESENTACION LEGAL. Como los menores de edad son incapaces de

ejercicio actuarán en su nombre los que ejercen la Patria Potestad. (Art. 479 y 480) Es necesario el consentimiento del que ejerce la patria potestad para que comparezca en juicio y contraiga obligaciones.

El Derecho se refiere a la persona y sus relaciones con los demás, y por lo tanto, debe tutelar a la persona y sus manifestaciones, cualidades y proyecciones. Existen diversos bienes que tutela el Derecho bienes patrimoniales, económicos y no económicos, dentro de los cuales figuran los de la propia persona, llamados de la personalidad. Estos corresponden a la misma persona, el representante legal no podrá siquiera, sin especial razón impedir su ejercicio; el padre solo se podrá oponer si renundan el perjuicio del menor. A todos estos derechos existen situaciones en que se involucran quiénes ejercen la patria potestad.

- DERECHO AL NOMBRE .- Que es un deber de los padres casados dar su apellido al hijo que se asentara el acta de nacimiento; en caso de los hijos extramatrimoniales aparecerá el apellido de la madre. Frente a ese deber de los padres, está el derecho de ellos a llevar el apellido paterno de sus progenitores.

- DERECHO A LA IMAGEN .- Existe el deber de quiénes ejercen la patria potestad de cuidar la imagen de los que están sujetos a ellos.

- DERECHO AL HONOR .- Este puede ser afectado, y como daño moral puede exigirse reparación mediante indemnización en dinero. Este derecho es

subjetivo y absoluto; correspondiendo al padre obrar contra quiénes lesionan el derecho de honor del hijo, pudiendo querellarse contra el que un agravio.

D) DERECHO A NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO. En segundo término nos referiremos a los efectos respecto de los bienes del menor:

- a) Administración de los bienes del menor y
- b) Usufructo legal. (relación económica patrimonial).

ALIMENTOS. - Dentro del título de la Patria Potestad no encontramos referencia a estos, lo cual no significa que no exista el deber a cargo de los progenitores que ejercen la Patria Potestad. El deber de alimentar a los hijos menores es proclamado por la moral y exigido en las legislaciones positivas.

Esta obligación es recíproca, cuando los padres lo necesiten.

Hay solidaridad por que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre (abuelo y abuela) y ambos contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos.

Los mismos comprenden comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad.

Al incumplimiento de ese derecho corresponde la sanción de exigirse mediante la acción correspondiente ante los tribunales familiares competentes.

A) ADMINISTRACION.- Quiénes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores no tienen plena capacidad pero eso no impide que sean titulares de derechos y propietarios de bienes, pero sí carecen de capacidad para administrarlos y disponer de ellos, por lo cual necesitan ser representados legalmente, con facultades de administrador. Esto no se produce por un contrato, se basa en la propia naturaleza de la relación paterno-filial fundamentada en la ley.

Tanto en la administración como en el usufructo, tenemos que distinguir los bienes del menor que pueden ser de dos clases:

- 1) Bienes que adquiere por su trabajo y
 - 2) Bienes obtenidos por cualquier otro concepto. (Art. 481 C.C.).
- 1) Bienes adquiridos por su trabajo.

Estos le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna ingerencia, (Art. 482 C.C.). No solamente tienen estos bienes en propiedad, administración y usufructo sino también aquellos por voluntad del padre o de la ley.

En relación a estos bienes, se le tendrá como emancipado con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. (requiere autorización judicial).

- 2) bienes que adquiere por otro título.

Pueden ser los obtenidos por herencia, legados, donaciones, azares de la fortuna, pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de los padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

La facultad de quiénes ejercen la patria potestad no se limita sólo a un poder general para administrar bienes en los términos del contrato de mandato; por tratarse de una administración legal comprende, adicionalmente, el poder general para pleitos y cobranzas y también para ejercer actos de dominio.

Administrara los bienes y podra enajenarlos, salvo excepciones que necesitan autorización judicial.

Representara a su hijo en juicio; pero no podra celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando lo requiera la ley.

También tienen como obligación la rendición de cuentas, sin existir un período determinado para la rendición, pero si puede, exigirle. Este derecho lo tiene también el menor, cuando hubiere cumplido catorce años y el Ministerio Público en todo caso.

Otra obligación es la de entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

LIMITACIONES: La Ley las reglamenta:

AUTORIZACION JUDICIAL. La enajenación y el gravamen de bienes muebles e inmuebles preciosos del hijo, solo puede hacerse previa autorización del Juez competente y comprobando la necesidad o el evidente beneficio para el hijo.(incluye el comodato).

El contrato de compraventa entre padre e hijo sólo se permite hacerlo en relación a los bienes que el hijo hubiere adquirido por su trabajo.

Para la cancelación del registro de gravámenes (hipoteca y prenda) hechos en favor de los hijos, se requiere también sentencia judicial.

Se estima que también esta limitada la facultad para constituirse servidumbres.

Por otro lado hay actos que no pueden realizarse ni con autorización judicial, como es la donación de los bienes o derechos.

Esta prohibido el arrendamiento por más de cinco años y recibir rentas anticipadas por más de dos años. Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado si se hiciere por menor valor del

que se cotiza. Y la remisión voluntaria de los derechos de los hijos, así como contratar con los hijos menores pues contraviene el espíritu de la administración paterna.

Si se llegara a realizar algún acto de los prohibidos o limitados, producira la nulidad relativa del mismo. Es relativa porque el hijo puede convalidar las operaciones prohibidas, que el padre hubiere hecho.

Por último mencionare que debe constar por escrito, en algún documento que el padre o la madre es el administrador (aunque se requiera del consentimiento del otro consorte) para que no se produzcan dificultades con terceros.

b) USUFRUCTO

" Se entiende por usufructo paterno el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella ". (Art. 483).

El Código Vigente en el Estado previene que el que ejerce la patria potestad tiene derecho a la administración y a la mitad del usufructo de los bienes de su hijo exceptuando los que adquiera por su trabajo, o cuando así lo disponga el testador o el donante. Al llegar a la mayoría de edad el hijo podrá exigirle cuentas al padre de su parte del usufructo. (Deberá hacer inventario y avalúo antes de entrar en el disfrute).

Planol considera que el usufructo legal de los bienes del hijo es una compensación por las cargas que soporta.

Actualmente la doctrina se inclina por el hecho de que el usufructo es benéfico para la familia y los fines familiares: basándose este derecho real en la unidad y solidaridad de la familia. Lo que se traduce en que los frutos son para el sostenimiento y prosperidad de la familia.

La naturaleza jurídica de este derecho real, es por disposición legal. Nuestro Código nos dice que el usufructo puede constituirse por la ley, por voluntad hombre, o por prescripción. Estando en el primer supuesto.

Este usufructo comprende toda clase de bienes y derechos : cosas corporales como lo son bienes muebles e inmuebles y las incorporales como son los derechos reales y personales. Cuando recae sobre derechos, la apropiación es sobre los beneficios. Además tiene características especiales que lo distingue del usufructo ordinario: es una institución del Derecho de familia. (sostenido de la familia):

a) Esta fuera del comercio se concede solo en virtud del ejercicio de la Patria Potestad. No se considera como un derecho patrimonial del que la ejerce.

b) Universal - ya que comprende todos los bienes y derechos del menor. (Exceptuando los adquiridos por su trabajo).

c) Es inalienable - no puede venderse, ni gravarse.

d) Es inembargable - exceptuando los frutos del usufructo.

e) Libera a los usufructos de la obligación de dar fianza, excepto en los casos en que quiénes ejerzan la potestad hubieran sido declarados en quiebra, estén concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

El Código Civil maneja tres formas para que extinga el usufructo:

1) Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad de los hijos.

2) Por la pérdida de la patria potestad.

3) Y por renuncia, (característica de este).

La administración termina por que conduce la patria potestad: acaba como institución por mayoría de edad o por emancipación. Así como por que pierde o se le suspende esta. Al lograrse la excusa, para ejercer la patria potestad, es lógico que la administración también termine.

Por último mencionaré que de la propia naturaleza de la administración y representación se deriva que quiénes ejercen la patria potestad, deben ser responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen al

menor por la mala administración . En estos casos están obligados a reparar el daño en la disminución patrimonial habida y pagar el perjuicio, que significa la falta de ganancia lícita que hubiere obtenido el hijo.(2)

(2) IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1993 p.p. 451-453

SUMARIO

CAPITULO SEIS

MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

- 6.1. Extinción de la patria potestad.
- 6.2. Pérdida de la patria potestad.
- 6.3. Suspensión de la patria potestad.

CAPITULO SEIS

MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

6.1. EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Los casos previstos en el artículo 496 del Código Civil se refieren a la patria potestad que se acaba como institución al no haber en quien recaiga. Las causas son las siguientes:

6.1.1. MUERTE O DEMENCIA DE QUIEN LA EJERCE.

La fracción I dice que se acaba la patria potestad con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga. Esto supone que es el último sobreviviente de los que deben ejercer la patria potestad consignados en el artículo 468 del Código Civil, que habla de los padres, de los abuelos y abuelas paternos y maternos. La muerte del último genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado. En el supuesto que quien ejerza la patria potestad sea declarado interdicto, y no hubiere ascendiente a quienes corresponda el ejercicio de la misma, termina la institución y se les proveerá de tutor.

Obviamente está es una forma clara de extinción de la patria potestad, y debemos también incorporar dentro de esta causa, la declaración de muerte que como consecuencia del procedimiento de ausencia se decreta.

6.1.2. EMANCIPACION.

En nuestro derecho sólo está contemplada la emancipación derivada del matrimonio y no por habilitación de edad del hijo.

Se funda como es sabido, en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

6.1.3. MAYORIA DE EDAD.

La patria potestad termina al alcanzar el hijo sujeto a ella su mayoría de edad. Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre. Sin embargo, debe preverse el caso del enajenado mayor de edad. Según la legislación vigente debe nombrarse tutor que lo sera uno de los padres.

6.1.4. MUERTE DEL HIJO.

Aún cuando no esta comprendida dentro del artículo 496 del Código Civil, es obvio que es un modo natural de extinción de la función del padre y la madre que ejercen la patria potestad. Debemos adicionarla con la declaración de muerte obtenida en un proceso de ausencia.(1)

(1) CHAVEZ Ascencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Juridicas Paterno Filiales, Edit. Porrúa S.A., México D.F., 1992, p.p. 324-325

6.2. LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

6.2.1. CONDENA.

La fracción I del artículo 497 del Código Civil contiene dos causas. La primera se da cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues debemos anotar que también por sentencia se puede imponer la suspensión que, indudablemente, se presenta cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce. Es de notarse que esta primera causal, no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor, o en contra de terceros. Es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial decidir, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la patria potestad.

La otra causal comprendida dentro de la fracción I, se da cuando es condenado el que ejerce la patria potestad, dos o mas veces por delitos graves. No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida preventiva, pero se sanciona como todas estas causales con la pérdida de la patria potestad; es preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo.

6.2.2. DIVORCIO.

La pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelva el vínculo,

y también como sanción contra uno de los consortes. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos. El juez tendrá las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial la custodia y cuidado de los hijos. Desde luego es de suponerse que el cónyuge culpable de una causal que afecta los hijos pierde la patria potestad; si afecta al otro consorte, debe quedar a juicio del juez la pérdida o suspensión y por las causales menos graves procederá sólo la limitación, como las causas de enfermedad.

6.2.3. IRRESPONSABILIDAD GRAVE.

En la fracción III del artículo que se analiza se encuentran nueve causas por las cuales los padres pueden perder, como sanción, la patria potestad. Estas son:

Por costumbres depravadas que puedan comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Cuando por malos tratamientos pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Cuando por el abandono de sus deberes, pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Estás causas responden a una actuación directa en contra del hijo. En relación a las costumbres depravadas, la Suprema Corte a señalado que para que se actualice la causal de pérdida de patria potestad consistente en que uno de los padres realiza costumbres depravadas, debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que pueden alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, lo que se deriva de los conceptos de costumbre y depravada pues el primero significa una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de una misma especie y el segundo, demasiado viciada.

La anterior tesis puede aplicarse también a los otros supuestos y se requiere la reiteración de los malos tratamientos, pues esta en plural, y también la reiteración del abandono de los deberes, pues estimamos que no basta un hecho o una actuación para que se pueda perder esta relación paterno filial que es tan importante para el hijo y para los padres.

Debemos tomar en cuenta que la seguridad también hace referencia a la seguridad física y espiritual, pues ambos progenitores tienen la responsabilidad de la educación física y espiritual de los menores. En cuanto a la moralidad, hace referencia a los actos de los padres que en lugar de dar el buen ejemplo que exige la ley, se comprometan los principios morales y las buenas costumbres.

Debe observarse que las fracciones III y IV del artículo que se

comenta hace referencia al abandono. En un caso, se trata del abandono de sus deberes, y en el segundo el abandono del hijo o la exposición del mismo.

Sobre abandono de los deberes pueden presentarse algunas situaciones que han sido conocidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y son las siguientes:

El padre que no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre el, porque su conducta puede poner en peligro la salud o la seguridad del niño; sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realice el abandono, con independencia de la actitud asumida por el otro.

Otra situación se presenta cuando el abandono de los deberes no es total. Sólo hay un incumplimiento parcial de la obligación de proporcionar lo necesario. En esta situación la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decidido que basta el incumplimiento parcial para que se produzca como consecuencia de la pérdida de la patria potestad. No es correcto sostener que para que opere la causal de pérdida de la patria potestad, el abandono de los deberes debe ser total y no parcial, pues evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar suspendida a eventualidad de ninguna clase ni aún incumplimiento parcial, de modo que el incumplimiento de la

obligación de proporcionarlos es en si mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien puede recibirlos, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por si mismos. En tales condiciones infundadas las consideraciones de la responsable en el sentido de que la actora no había acreditado la causal de pérdida de la patria potestad que invoco en el demanda, basándose en que de sus propias manifestaciones se desprendía que no hubo abandono de los deberes en forma total del padre para con su hija, porque se acredito que aunque haya sido sólo en algunas ocasiones el pago de la pensión y había preocupado por la salud de su hija. En efecto de admitirse estos razonamientos se llegaría autorizar, con independencia de la conducta del que realice el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quizó estatuir la ley . Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo, cuando lo desatiende en su subsistencia, aun cuando sea parcial.

6.2.4. EXPOSICION Y ABANDONO.

La fracción IV del artículo que se estudia contiene dos causas: la exposición que el padre o madre hiciere de sus hijos, y el abandono por más de seis meses. Se trata de la actitud de los padres que abdican a su responsabilidad de ejercer la patria potestad.

Exposición y abandono son conceptos diversos. El género es el abandono y la exposición es una forma. La exposición se refiere al recién nacido dejado en un sitio público, a la intemperie con lo cual se hace peligrar la vida. El abandono significa dejar una persona que teniendo derecho a recibir cuidado y alimentos, se le priva de ellos lo que implica situaciones perjudiciales. Significa el incumplimiento de los deberes y obligaciones que imponen la patria potestad.

Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que para declarar la pérdida de la patria potestad se requiere una prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocida por la ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquél de los padres que es condenado a la pérdida de la misma.

Sobre el abandono, pueden presentarse dos situaciones, sin pretender que sean la únicas, que permiten mayor precisión. Puede suceder que uno de los que ejerzan la patria potestad se desentiendan totalmente del menor, pero el otro lo conserve bajo su custodia y le resuelva todos los problemas de habitación y alimentación. En este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado, con peligro de su vida y salud, porque uno de los progenitores lo acoge y atiende. Entendiéndose que el abandono no requiere que el menor sufra las consecuencias de tal acto, es decir, que sufra la falta de vivienda y

alimentación. Es una causa que se invoca por la actuación del progenitor, sin necesidad de que el menor sufra el perjuicio en toda su intensidad. Basta la conducta culposa del progenitor que abandona.

No se entiende por abandono según lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la entrega del menor al padre o a la madre en virtud de convenio entre cónyuges. Tampoco se puede entender cuando se compruebe que hubo tal acuerdo entre los progenitores en el divorcio voluntario.

Tampoco se entiende abandono de deberes cuando la madre o el padre permanecen fuera de la casa durante determinadas horas del día destinadas a desempeñar su trabajo o a estudiar. Pues la primera situación se entiende que es para proporcionar lícitamente los medios económicos para subsistencia, dar vivienda, educación y sustento a los menores, y en la segunda para cultivarse la persona.(2)

6.3. SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

6.3.1. INCAPACIDAD.

De acuerdo con el artículo 500 fracción I del Código Civil la incapacidad debe ser declarada judicialmente. Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de juez de lo familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él.

(2) CHAVEZ Ascencio, Manuel F., Ob. Cit. p.p. 325-331

Por lo tanto, están excluidos aquellos incapaces de hecho. En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, si no de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

La fracción II establece, como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, la suspensión de la patria potestad. El ausente esta imposibilitado para ejercerla y se le suspende el ejercicio de la patria potestad.

La última fracción del artículo, presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues señala en general que ésta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. Debiendo distinguir que en el caso que se estudia se hace referencia a situaciones o actitud del padre o de la madre que, sin ser de extrema gravedad, sí exigen la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, como puede ser: excesiva dureza en las amonestaciones, conducta notoriamente negligente que comprometiera a la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos, etc. (3)

(3) *Ibidem*, p.p. 331-332

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1º.- En principio debemos concluir que sobre la naturaleza jurídica de la Patria Potestad, está es una institución estructurada por el legislador como un conjunto de derechos y poderes atribuidos por la Ley, al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, con objeto de permitir a aquellos cumplir con sus deberes legales de sustento y educación fundamentalmente.

2º.- Por otra parte, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de estos deberes y al mismo tiempo como medida de los derechos de los menores, el legislador diseñó una serie de sanciones aplicables para casos concretos, donde el padre y la madre, o a quienes por la Ley corresponda ejercerla, ponga en riesgo la subsistencia e integridad de los hijos por irresponsable o dolosa de los titulares de tales obligaciones: la suspensión y la pérdida de la Patria Potestad.

3º.- De lo anterior se infiere con meridiana precisión y claridad que la naturaleza de estas medidas es la de una sanción o castigo para aquellos padres que por su conducta más o menos graves atentaron contra la subsistencia de ellos y fueran expuestos a perjuicios en su derecho, en su persona y en sus bienes, subrayándose el principio que rige a toda norma jurídica, el principio de finalidad, donde observamos como los fines justifican los medios.

4°.- Sin embargo, es en esta aparente construcción lógica, donde se origina la razón de la presente investigación. En efecto, al respecto cabe plantear las siguientes hipótesis: al ejecutar la sanción consistente en la pérdida de la Patria Potestad ¿Se logra la finalidad de la misma? ¿ Quién recibió realmente la Sanción? ¿ Quién pierde más, el hijo o el padre? ¿ Qué efectos produjo la sanción? ¿ Se cumplió con las expectativas del legislador?

5°.- A lo anterior diremos, que una vez analizados los fundamentos legales que originan la pérdida de la Patria Potestad, se puede concluir, que sin lugar a dudas, dicha sanción representa el último o uno de los últimos ataques que los padres formulan dentro de su estrategia legal para resolver un conflicto conyugal, totalmente personal derivado casi siempre de la infidelidad de uno hacia el otro, donde el menor o los menores hijos, por regla general son los únicos que no están enterados o informados, aún cuando notaren el distanciamiento entre ellos. Por tanto resulta indiscutible que el autor de la conducta siempre lo será el padre o la madre y por elemental lógica nunca podrá ser un hijo menor de edad y por tanto sujeto a los cuidados de sus padres.

6°.- Ahora bien, por otra parte como consecuencia, de la conclusión anterior, resulta absolutamente indudable que la sanción concebida por el legislador y objetivada por la norma jurídica en el Art. 497 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato tiene como finalidad castigar al padre que incurra en cualesquiera de las conductas irresponsables que se anuncian:

I.- Cuando el padre o quien la ejerza es condenado por delito grave; II.- En los casos de divorcio, específicamente por las causales siguientes: Propuesta de marido para prostituir a su mujer, actos inmorales con el fin de corromper a los hijos y hábitos de juego, embriaguez o drogadicción; III.- Costumbres depravadas de los padres, malos tratos o incumplimiento de deberes; IV.- Abandono por más de 6 meses; V.- Por vivir en estado de concubinato. De lo anterior se infiere que el sujeto sancionado es el padre que ejerce la Patria Potestad considerándolo como sujeto peligroso, quien por su conducta pone en peligro la unidad y la armonía familiar no solo en su aspecto físico, sino psicológico y moral. Como puede verse la intención del legislador es totalmente sana y bien intencionada.

7°.- Sin embargo, también resulta indiscutible que en todos los casos pagan justos por pecadores si consideramos que a fin de cuentas el resultado material nos demuestra que quien recibió la sanción no es el padre sino el menor en razón a que, partiendo de que ignora por lo general la problemática que prevalece entre sus padres, ámbito donde podrá ser el peor de los esposos o esposas, pero en relación a sus hijos por lo regular es excelente padre o madre, resultando, la sanción no solo injusta sino errónea e incongruente pues a quien en realidad se sanciona sin haberle siquiera escuchado o consultado mucho menos permitido defenderse, fue a los menores hijos.

8°.- En ese orden de ideas, nadie podrá negar que el padre supuestamente sancionado, por inmadurez física y mental, podrá haber asimilado la situación derivada de la norma jurídica, posiblemente superé sus conflictos emocionales, su problema conductal, su enfermedad, su error, etc., sin embargo un menor por sus circunstancias jamás podrá superar el trauma psicológico que le produjo la decisión judicial de dejarlo sin padre o sin madre, y sin la menor posibilidad de recuperarlos, por no haber un procedimiento legal para ello.

9°.- Como resultado de todo lo anterior, debe quedar derogada la pérdida de la patria potestad como sanción y quedar como una suspensión a criterio del juez y en base al comportamiento de los padres, ya que para nadie es desconocido, que como seres humanos podemos fallar, equivocarnos, cometer errores pero en muchos casos rectificar el camino y enmendar la relación padre e hijo. Esta es sin duda una sanción más humana, más racional y más justa.

10°.- Para los efectos de dar cumplimiento a nuestra postura, nos permitimos proponer la siguiente reforma a los Arts. 497 y 500 del Código Civil para quedar de la siguiente manera:

A N T E S

Art. 497.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado, por delito grave;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta que dispone el artículo 337;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeron bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por más de seis meses, y

V.- Porque el que ejerza viva en estado de concubinato, a menos que se trate de hijos nacidos en el concubinato.

Art. 500.- La patria potestad se suspende:

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma, y

D E S P U E S

Art. 497.- Derogado

Art. 500.- La patria potestad se suspende por:

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por la ausencia declarada

III.- Por sentencia condenatoria que imponga esta suspensión.

en forma ,y

III .- Por sentencia condenatoria que imponga esta suspensión, por las siguientes causas:

I.- Cuando el que ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado, por delito grave;

II.- Cuando por las costumbres depravadas de los los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeron bajo la sanción de la ley penal;

III.- Por el abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, por más de seis meses, y

IV.- Porque el que ejerza viva en estado de concubinato a menos que se trate de hijos nacidos en el concubinato.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

I TEXTOS.

- 1.- BAQUEIRO Rojas Edgar, Buenrostro Baez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones. Edit. Harla, México, 1990.
- 2.- CHAVEZ Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares 2ª Ed., Edit. Porrúa, S.A. México 1990.
- 3.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho -Relaciones Jurídicas Conyugales; 2ª Ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1990.
- 4.- DE BUEN L. Nestor, Derecho del Trabajo Tomo I; Edit. Porrúa, S.A., México D.F. 1990.
- 5.- GALVAN Rivera Flavio. Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México UNAM 1ª Ed., México 1991.
- 6.- GUITRON Fuentevilla Julián. ¿ Qué es el Derecho Familiar ? Primer Volumen. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México D.F. 1984.
- 7.- GUITRON Fuentevilla Julián. ¿ Qué es el Derecho Familiar ? Segundo Volumen. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México D.F. 1992.
- 8.- GUITRON Fuentevilla Julián, Derecho Familiar, Universidad de Chiapas, México, 1992.

- 9.- MONTEOR Duhalt, Sara, Derecho de la Familia, 5ª Ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1992.
- 10.- MORALES Mendoza, Héctor Benito de la Facultad de Derecho Mexicano; Tomo XXXI Núm. 118 UNAM, 1ª Ed., México:1982.
- 11.- ROJINA, Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil II.- Bienes de Derechos Reales y Sucesiones 1ª Ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1981.
- 12.- ROJINA Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I. Intorducción Personas y Familia, 16ª Ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979.

II.- CODIGOS Y LEYES.

- 1.- Código Civil para el Estado de Guanajuato, 3ª Ed. Edit. Porrúa, S.A. México 1994.
- 2.- Código Civil para el D.F. en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1994.

III.- DICCIONARIO.

- 1.- DE PINA Vara Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO , Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1993.