

486
281



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD Y SU
ADECUACION A LOS NUEVOS CONCEPTOS
DEL DERECHO DE FAMILIA

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

VERONICA LOPEZ MELIH



MEXICO, D.F.

1995.

RECEBIÓ
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
FACULTAD DE DERECHO



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 11 de septiembre de 1995

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna VERONICA LOPEZ MELIH, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrita en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD Y SU ADECUACION A LOS NUEVOS CONCEPTOS DEL DERECHO DE FAMILIA"

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



A t e n t a m e n t e
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Director del Seminario

FACULTAD DE DERECHO LIT. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

JBF/sci

**TESIS DE LA ALUMNA VERONICA LOPEZ MELIH
CIUDAD UNIVERSITARIA, AGOSTO 14, 1995.**

A mis padres y hermanos por haber confiado en mí y haberme brindado la oportunidad de lograr mis objetivos y concluir mis estudios.

A mi esposo por haberme impulsado a terminar lo que un día inicié y por la paciencia que me ha tenido en los momentos difíciles de mi carrera.

**ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD Y SU ADECUACION A
LOS NUEVOS CONCEPTOS DEL DERECHO DE FAMILIA**

INTRODUCCION.....pags. 1 a 2.

Capítulo Primero

EL DERECHO DE FAMILIA

A) Concepto del Derecho de Familia.....pags. 4 a 6.

B) Principales Instituciones del Derecho de Familia:

1.- El matrimonio.....pags. 7 a 17.

2.- La adopción.....pags. 17 a 21.

3.- La filiación.....pags. 22 a 27.

4.- La patria potestad.....pags. 27 a 28.

5.- El concubinato.....pags. 29 a 30.

6.- La tutela.....pags.30 a 35.

Capítulo Segundo

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

A) La patria potestad en el Derecho Romano.....pags. 37 a 43.

B) La patria potestad en el Derecho Español Antiguo.....pags. 43 a 44.

C) La patria potestad en la Epoca Precolombina.....pags. 45 a 47.

D) La patria potestad en el México Independiente hasta los Códigos de 1870 y 1884.....pags. 48 a 57.

Capítulo Tercero

A) LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE

a) Personas sobre las que recae la patria potestad..... 60 a 62

b) Personas que ejercen la patria potestad.....62 a 67

c) Derechos que se originan con la patria potestad.....	67 a 70
d) Obligaciones que surgen con la patria potestad.....	70 a 72
e) Extinción de la patria potestad.....	72 a 74
f) Pérdida de la patria potestad.....	74 a 76
g) Suspensión de la patria potestad.....	77 a 78

B) ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD Y SU ADECUACION A LOS NUEVOS CONCEPTOS DEL DERECHO DE FAMILIA

a) Efectos de la patria potestad:

1.- Efectos de la patria potestad respecto a la persona del menor.....	78 a 83
--	---------

2.- Efectos de la patria potestad respecto a los bienes del menor.....	83 a 89
--	---------

b) Diferencias y semejanzas entre la patria potestad y la guarda o custodia.....	89 a 92
--	---------

c) Análisis del artículo 413 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.....	92 a 95
---	---------

Capítulo Cuarto.

NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO A LOS NUEVOS CONCEPTOS DEL DERECHO DE FAMILIA, EN PROTECCION Y BENEFICIO DEL MENOR

A) Conveniencia de establecer por mandato legal, que la patria potestad la ejerza la persona que tenga la guarda y custodia del menor.....97 a 98.

B) Tratándose de hijos fuera del matrimonio, que la patria potestad recaiga sobre quien tenga la guarda y custodia.....98 a 101.

C) En cuanto a los hijos de padres divorciados o separados, ya sea de hecho o de derecho, que la patria potestad recaiga sobre quien los tenga bajo su custodia.....101 a 104.

D) Buscando la protección de los menores, que se introduzca en la legislación, la renuncia voluntaria al ejercicio de los derechos que confiere la patria potestad por el padre que muestre nulo interés por los menores y así lo exprese.....104 a 107.

E) Adecuación al Código Civil de un capítulo especial que regule el ejercicio de la patria potestad, cuando tal ejercicio corresponda a menores de edad, ya sea solteros o emancipados.....107 a 110.

CONCLUSIONES.....112 a 116

BIBLIOGRAFIA.....119 a 129

INTRODUCCION

LA PATRIA POTESTAD

La razón por la cual se tomó la decisión de entrar al análisis de la patria potestad es la siguiente:

La patria potestad es una institución dentro del Derecho de Familia, que tiene una gran importancia. Esta radica en que se relaciona con el bienestar y los intereses de los menores de edad y de los incapaces legales.

Como se detalla a lo largo de esta investigación, la patria potestad ha evolucionado hasta nuestros días en diversos aspectos. De manera que si en un principio nuestra institución se preocupaba por los intereses de los padres, ahora lo más importante es el menor.

Actualmente la patria potestad constituye una función impuesta por el Derecho a los padres de hijos menores de edad, con el fin de proteger y defender la formación integral de los mismos.

La patria potestad implica una serie de derechos y deberes que la ley concede a los padres para lograr el cumplimiento satisfactorio de su misión, que no es otra que lograr para los menores una educación y ejemplo adecuados, con el objeto de hacer de éstos, hombres y mujeres honestos y dignos de vivir en nuestra sociedad, una sociedad que ha sido afectada por personas que no fueron educadas correctamente o posiblemente carecieron de padres capaces de cumplir con sus deberes como tales.

Lo anterior es importante en virtud de que la institución de nuestro estudio es una figura jurídica de orden público, ya que a todo individuo dentro de la sociedad le incumbe que se cumplan los lineamientos establecidos por las leyes existentes al respecto.

Actualmente y como consecuencia de la gran evolución que ha sufrido la patria potestad, los menores sujetos a la misma están más protegidos por las leyes actuales, pero como toda norma jurídica tiene fallas o lagunas, ésta no es la excepción. Por tal motivo es nuestro propósito proponer algunas soluciones a dichas fallas, ya que nos parece importante resaltarlas dentro de nuestra legislación.

Nuestras propuestas se derivan de un análisis de nuestra institución, a través de una adecuación a los nuevos conceptos del Derecho.

Cabe destacar que las soluciones o propuestas que vamos a plantear en la presente tesis, fueron desarrolladas con la finalidad de lograr una mejor protección para el menor, ya que nuestra preocupación principal es que se vigile siempre el bienestar de los menores y que dejen de ser el pretexto de los problemas entre los padres.

Como es del conocimiento de todos, los padres utilizan a los hijos como pretexto para descargar sus problemas y pensamos que las propuestas que daremos a conocer por medio de esta investigación, podrían ayudar al mejoramiento de las relaciones entre padres divorciados o separados y sus hijos.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO DE LA FAMILIA

A.- Concepto de Derecho de Familia

Se ha considerado a la familia como el núcleo más importante de toda la sociedad debido a que es el medio en el cual, todo individuo se desarrolla en todos los aspectos: físico, intelectual y social. Es por esa razón que consideramos de primordial importancia la existencia de las instituciones que protegen a la familia, así como su estudio y regulación en nuestras leyes.

La familia es de tal relevancia para una sociedad, que puede llegar a ser la causa del proceder de ciertos delincuentes, ya que éstos son producto en muchas ocasiones, de familias desunidas, sin moral y sin principios. En cambio una persona con cualidades tales como la honradez y la honestidad (en el otro extremo) es generalmente producto de un ambiente familiar sano y de buenas costumbres y ejemplos.

Procederemos enseguida a analizar los conceptos que han vertido los doctrinarios juristas acerca de la familia. Para el distinguido tratadista francés, Planiol Marcel, la familia es "un conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o por la afiliación también, pero excepcionalmente por la adopción."¹

Un concepto un poco más específico de la familia es el de los autores Baqueiro y Buenrostro que la definen como "El grupo formado por la pareja, sus ascendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre

¹ Planiol Marcel y Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil T. I, II y 1. 2. Editorial Capca (1983).

o matrimonio o sólo civiles a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos."²

Para Sara Montero la familia es "el grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer".³

Podría citar diversos conceptos de la familia, pero al final llegaría a la conclusión de que cualquiera de ellos tiene como característica el conformar un grupo de personas que están relacionadas por lazos de sangre, por un contrato llamado matrimonio o por la adopción.

Ahora que tenemos definida a la familia podemos pasar al estudio del concepto de Derecho de Familia.

En el Derecho de Familia intervienen tanto la moral como las normas jurídicas; es por eso que en algún momento se llegó a dudar de su naturaleza. Lo cierto es que la familia está protegida por las normas del Derecho atendiendo al artículo 4to. de nuestra Constitución, en sus dos últimos párrafos que señalan que:

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa" y que, "es deber de los padres preservar el derecho de los menores, la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental. La ley determinará

² Baquero Rojas Edgar y Buenrostro Baez Rosalia "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla (1991).

³ Montero Duhalit Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa (1992).

los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas."⁴

Por otro lado sabemos que los cónyuges se deben entre sí derechos y obligaciones, mismas que están contempladas en el Código Civil, así como también se establecen obligaciones y derechos en relación a los hijos. Podemos entonces decir que, "El Derecho de Familia es una rama del Derecho Civil relativo al conjunto de normas jurídicas, que rigen la formación, funcionamiento y efectos de las relaciones familiares, así como su disolución y la sucesión hereditaria entre las personas".⁵

Para Sara Montero Duhalt, el Derecho de Familia es "el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público".⁶

Una vez definidos la Familia y el Derecho de Familia podemos pasar al estudio de las principales instituciones del Derecho de Familia, pero no sin hacer mención de los sujetos que integran el mismo, ya que los mencionaré con frecuencia en el presente análisis.

En primer lugar están los parientes, que pueden ser por consanguinidad, afinidad o adopción (a quienes nombro de manera general debido a que no es el tema de estudio), los cónyuges, los concubinarios y las personas que

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4to. (1992)

⁵ Baquero Rojas Edgar y Buenrostro Baez Rosalía. Ob. Cit.

⁶ Montero Duhalt Sara. Ob. cit.

ejercen la patria potestad en los términos y grados de parentesco a que alude el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

B.- Principales Instituciones del Derecho de Familia

1.-EL MATRIMONIO

El matrimonio es una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia ya que de éste surgen los hijos, generalmente, y como consecuencia otras familias. El matrimonio es la base de una familia aunque ha dejado de ser el supuesto necesario para regular las relaciones de la paternidad, la maternidad y la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan iguales para el efecto de ser reconocidos en el Código Civil vigente⁷. En materia de paternidad y filiación se ha suprimido la diferenciación de hijos naturales o hijos legítimos, ya que no es justo diferenciarlos en virtud de acciones que fueron cometidas por sus padres.

El matrimonio ha ido evolucionando con los años. En épocas remotas existía la exogamia que se formaba por grupos en que los hombres de un clan o tribu se casaban con mujeres de otros clanes o tribus. Posteriormente el matrimonio consistía en arreglos entre los padres de los contrayentes, en los cuales la voluntad de los hijos no intervenía. Otro aspecto importante es que el matrimonio civil no existía, el único matrimonio que era conocido era el matrimonio sacramental, mismo que era y es indisoluble, el cual difiere del

⁷ Cfr. Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia". Tomo II, Ed. Porrúa, S.A. Séptima edición. México, 1987.

actual matrimonio civil en varios aspectos, uno de los cuales es que en el matrimonio sacramental la mujer debe obedecer al marido y eso les resta igualdad. En el matrimonio civil los deberes maritales son recíprocos.

De esta forma la naturaleza jurídica del matrimonio fue evolucionando hasta nuestros días en que es considerado por nuestro Código Civil vigente como un contrato como se denota en el artículo 178 que dice "El *contrato* de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su Título Quinto, Capítulo primero incluye una parte que trata de una figura que, a pesar de no ser muy usual, merece ser señalada: Los Esponsales.

Los Esponsales consisten en una promesa de matrimonio acordada por los prometidos, por escrito y aceptada por ambos. Esta figura no produce la obligación de contraer matrimonio, y según el artículo 142, en ellos no puede estipularse pena alguna por el incumplimiento de la misma, pero el siguiente artículo condena al que incumpliere a pagar los gastos que la otra parte hubiese hecho con motivo del futuro matrimonio y a indemnizarlo a título de reparación moral en caso de que por diversas circunstancias el rompimiento de los esponsales causare un daño grave a la reputación del prometido inocente.

Al matrimonio puede definíresele de diversas formas, como "la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad de contrato por la ley y

de sacramento por la religión"⁸. Otros lo definen como un acto jurídico, y algunos otros como un estado permanente de vida. Lo que es común es que consiste en la unión entre un hombre y una mujer, y que de esa unión surgen exigencias para ambos, reguladas por el derecho.

El matrimonio es un acto jurídico en el cual interviene la voluntad de los contrayentes, pero también se debe cumplir con ciertos requisitos y formalidades para que éste se lleve a cabo.

Como ya hemos señalado, no basta con la simple voluntad de los contrayentes, sino que ésta debe ser declarada solemnemente ante un oficial del Registro Civil del lugar y la declaración de ese funcionario de que una vez cumplidos los requisitos legales, han quedado unidos los contrayentes en matrimonio, en nombre de la sociedad y de la ley.

ELEMENTOS ESENCIALES DE MATRIMONIO

La voluntad de los contrayentes.- Por medio de la voluntad, los contrayentes van a expresar su deseo de contraer futuro matrimonio por lo cual deben expresar su consentimiento ante un Juez.

El Objeto.- Este segundo elemento esencial consiste, según el ilustre maestro Galindo Garfías, en que la vida en común entre un sólo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han

⁸ Marcel Planiol Ob. Cit.

convenido en crear por propia voluntad, y el objeto directo consiste en la creación de esos derechos y deberes.

El tercer y último elemento esencial de validez, consiste en:

Las solemnidades requeridas por la ley que deben constar en el acta, y son la expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia de un Juez ante el Registro Civil, la declaración del Juez en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio, la existencia del acta en el Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del Juez.

REQUISITOS DE VALIDEZ

La Capacidad.- Esta consiste en la edad requerida para contraer matrimonio y en la salud física y mental de los contrayentes. La edad requerida para contraer matrimonio es de dieciséis años para el varón y catorce para la mujer con el consentimiento de sus padres y a falta de éstos, están facultados para otorgar el consentimiento los abuelos; faltando éstos, los tutores y en ausencia de éstos, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor.

Ausencia de vicios en la voluntad.- Este elemento también es aplicable al matrimonio ya que en algunas ocasiones la voluntad puede caer en vicios como el error. Este se da cuando el contrayente desea casarse con persona determinada y contrae con otra distinta. Otra causa es la violencia, que

consiste en la fuerza o graves amenazas que orillan a uno de los contrayentes a exteriorizar su voluntad en forma viciada; es decir impulsada por el miedo o temor de sufrir un daño.

Licitud en el objeto.- La falta de licitud en el objeto se da cuando;

"a) existe parentesco por consanguinidad, afinidad o por adopción entre los cónyuges dentro de los límites que establece el Código Civil,

b) cuando ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado,

c) ha habido atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, y

d) cuando se da la bigamia"⁹.

Las Formalidades.- Son la solicitud que deben presentar y suscribir los que desean contraer matrimonio, la mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio, la edad, la ocupación y domicilio de los contrayentes, acta de nacimiento para corroborar que son aptos para contraer matrimonio y en caso de ser menores de edad, el permiso correspondiente al que ya hemos hecho mención. Asimismo, la anotación del régimen patrimonial por el cual van a contraer el matrimonio así como los nombres, ocupación y domicilio de los testigos, los cuales deben ser mayores de edad.

Para contraer matrimonio no deben existir impedimentos, por eso la doctrina ha denominado dos clases de impedimentos que no son otra cosa más que prohibiciones para contraer matrimonio. Estos pueden ser:

⁹Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil" ed. Porrúa (1993)

Impedimentos Dirimentes.- En caso de aparecer esta clase de impedimentos, se origina la nulidad del matrimonio. Los impedimentos dirimentes están consagrados en el artículo 156 de nuestro Código Civil vigente, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. Estos impedimentos son los siguientes:

I.- La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo graves. En el caso del rapto subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias;

IX.- El idiotismo y la imbecilidad;

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual".

Impedimentos Impendientes.- Esta clase de impedimentos no afectan la validez del matrimonio, pero producen determinadas consecuencias. Estos impedimentos se contemplan en el artículo 264 y son los siguientes:

"I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;

II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 159".

En efecto, como se observa del propio texto en su primer párrafo deducimos que; cuando el matrimonio se ha celebrado bajo alguno de estos supuestos, el matrimonio será ilícito, pero no nulo. Presumiéndose en este caso que el legislador permite actos ilícitos plenamente válidos, pues el citado artículo 264, ni ningún otro artículo del Código Civil establecen sanción alguna cuando se celebra el matrimonio en contravención a los artículos 158 y 259 en las hipótesis a que alude el artículo 264 que aquí comentamos.

"La conducta de los cónyuges debe conformarse a las normas jurídicas establecidas por el derecho objetivo, sin posibilidad alguna de que por la voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los

deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución"¹⁰. Estos deberes jurídicos no pueden ser renunciables por las partes y son, además recíprocos. Nuestra legislación los tiene contemplados en el capítulo III del título quinto del Código Civil.

OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

1.- En primer lugar, los cónyuges tienen el deber de socorrerse o de asistirse mutuamente como lo establece el artículo 162. Esta obligación que se deben los cónyuges tiene una gran importancia ya que, como lo mencionamos al principio de este estudio, en las familias se forman los individuos y es ahí donde uno debe empezar por ayudar al otro, en este caso al cónyuge.

2.- Por otro lado, tenemos el deber de cohabitación. La palabra cohabitar significa habitar en una misma casa. Esta obligación es de vital importancia, ya que sin el deber de cohabitación no podrían darse de manera satisfactoria los otros deberes del matrimonio. El artículo 163 del Código Civil señala lo siguiente: "los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales" ¹¹. Cabe señalar al respecto, que no se considera como domicilio conyugal aquel en el que los cónyuges tengan el carácter de "arrimados", ya sea en el de los

¹⁰

Idem.

¹¹ Código Civil para el Distrito Federal, ed. Porrúa (1991)

padres de alguno de los cónyuges, el de algún otro familiar, o el de alguna amistad.

3.- Otra de las obligaciones que nacen del matrimonio, es el deber de fidelidad mutua que se deben los cónyuges. Este deber protege tanto la dignidad de la persona, como el honor y la monogamia. Respecto a esta obligación, no encontramos algún artículo expreso que establezca la obligación de fidelidad, pero su violación constituye una causal de divorcio y un delito, como se puede observar en el artículo 267 fracción I en la que se establece como adulterio, y en el artículo 273 del Código Penal.

4.- El artículo 164 del Código Civil estipula que los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a la alimentación y educación de los hijos.

Ya que hemos estudiado los requisitos, obligaciones, concepto y elementos del matrimonio, es necesario hablar de los regímenes patrimoniales bajo los cuales se puede contraer el matrimonio que son, según el artículo 178 del Código Civil, los siguientes:

- a) Régimen de sociedad conyugal y;
- b) Régimen de separación de bienes.

Régimen de sociedad conyugal.: La sociedad conyugal puede nacer al celebrarse el matrimonio o bien, durante éste y se rige por las capitulaciones matrimoniales, que son aquellos pactos que los esposos celebran para reglamentar la administración de los bienes. Las capitulaciones matrimoniales

pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden incluirse tanto los bienes que posean en el momento de la celebración, como los que pudieran adquirir después.

En la sociedad conyugal, ambos cónyuges tienen el dominio de los bienes comunes, mientras ésta subsista, quedando la administración a cargo de quien se hubiese estipulado en las capitulaciones matrimoniales. La sociedad conyugal termina, según el artículo 197, por la disolución del matrimonio, por la voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos por el artículo 188 que se refiere a la disolución de la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de los cónyuges.

Una vez que se ha disuelto la sociedad conyugal, debe formularse un inventario de bienes del cual se exceptúan los objetos de uso personal de los cónyuges, el lecho conyugal y los vestidos ordinarios de cada uno de los cónyuges, y hecho lo anterior, deben pagarse los créditos que hubiese en contra del fondo; además se devolverá a cada uno lo que aportó al matrimonio y lo que sobre se dividirá entre los dos, en la forma convenida.

Régimen de separación de bienes.- Al igual que en la sociedad conyugal, la separación de bienes puede estipularse en las capitulaciones matrimoniales o durante el matrimonio por convenio de los consortes, o por sentencia judicial. Incluye los bienes anteriores al matrimonio, así como los que se adquirieran después. La separación puede ser parcial o absoluta, pero en ambos casos puede terminar y ser sustituida por la sociedad conyugal.

En las capitulaciones matrimoniales que establezcan la separación de bienes, debe incluirse un inventario de los bienes que posea cada uno de los contrayentes, así como los frutos y accesorios de los mismos. También serán de cada uno, los ingresos que pudieren obtener por su trabajo o por cualquier otro medio.

El matrimonio se disuelve por medio del divorcio o por muerte de alguno de los cónyuges. En caso de disolverse por el primero, puede hacerse de dos formas:

- a) por voluntad de las partes,
- b) por demanda de alguno de los cónyuges, cuando el otro se hubiere ubicado en alguna de las causales que establece el artículo 267 y además hubiesen sido debidamente probadas por el cónyuge demandante.

Una vez que hemos concluido un breve análisis del matrimonio en México, podemos pasar al estudio de otra de las instituciones del Derecho de Familia: la Adopción.

2.-LA ADOPCION

La adopción es una de las fuentes constitutivas de la familia junto con el matrimonio y el parentesco. Tiene una gran importancia ya que en la mayoría de los casos de adopción se beneficia a menores desamparados, mismos que en caso de no ser adoptados llegan a ser niños o adolescentes con problemas; situación que afecta a un país. La adopción tiene una utilidad social

indiscutible; cumple una misión importante de protección a la infancia desvalida que son los que se ven favorecidos, por el hecho de existir numerosos hogares sin hijos propios. Esto, como ya dije, beneficia a un Estado porque contribuye a salvar una necesidad social importante.

La adopción ha sido considerada de diversas formas, por ejemplo; para Planiol la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. Señala también, que de la adopción resulta un parentesco ficticio que sólo limita al verdadero parentesco, que sus defectos son menos intensos y menores en número. En mi opinión, el concepto de Planiol es un tanto incompleto; en principio porque no está contemplando la adopción por parte de dos personas, como es el caso del matrimonio al referirse a que es un contrato que crea relaciones entre dos personas y no tres, que en este caso serían, el padre adoptivo, la madre adoptiva y el adoptado.

Como en todo acontecer científico y consecuentemente dentro de la esfera del Derecho, cuando se analiza una institución, cada autor al estudiarla, la conceptúa de diferente manera; así en la doctrina jurídica, existen diversos conceptos acerca de la adopción. Señalaremos únicamente dos de ellos, en virtud de que no es nuestro tema fundamental de estudio. Para Montero Duhalt, la adopción es "una institución jurídica que tiene por objeto crear relación de filiación entre dos personas que no son entre sí progenitor y descendiente consanguíneo" .¹²

¹² Montero Duhalt Sara Ob. Cit.

Para el doctrinario Galindo Garfias "por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado".¹³

En mi opinión, la adopción es una institución del Derecho de Familia por la cual una persona que cumpla con los requisitos exigidos por las leyes, desea introducir a su familia a un menor de edad o a un incapacitado con quien no lo liga ningún otro lazo de sangre, pero que lo quiere ver y tratar como si fuera su hijo natural, lo cual hace surgir entre ellos una relación de filiación, misma que se va a dar exclusivamente entre el adoptado y el adoptante.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, no conceptúa la adopción, sólo hace referencia a los requisitos, derechos y obligaciones, efectos y personas que pueden adoptar y ser adoptadas.

Ya que hemos dado algunos de los conceptos de la adopción, vamos a ver quién o quienes son las personas que pueden adoptar en México según nuestras leyes. En primer lugar, puede adoptar toda aquella persona de cualquier sexo, mayor de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos, que sea diecisiete años mayor que el adoptado y que además acredite lo siguiente:

a) que tiene solvencia económica y posibilidad de proveer todo lo necesario para la educación y el desarrollo del adoptado,

b) que el adoptado se va a ver beneficiado por la adopción y,

¹³ Galindo Garfias Ignacio Ob. Cit.

c) que el adoptante sea una persona de buenas costumbres.

Pueden adoptar también el marido y la mujer que estén conformes en tratar al adoptado como si fuera hijo propio y que además cumplan con los requisitos antes mencionados, pudiendo adoptar con el sólo hecho de que cualquiera de los dos sea mayor de veinticinco años.

Para el adoptado también existen algunos requisitos como:

- a) ser menor de edad, o
- b) ser mayor de edad incapacitado,
- c) ser diecisiete años menor que el adoptante.

Así como se establecen requisitos para el adoptante y el adoptado, se establecen requisitos para el acto de la adopción, y son los siguientes:

a) Manifestación de la voluntad de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona que se desea adoptar, tutor o de la persona que lo haya acogido como suyo, y en su defecto, del Ministerio Público". (Artículo 397 del Código Civil, fracciones I, II y III).

b) Manifestación de voluntad del menor, si éste es mayor de catorce años. (Artículo 397 del Código Civil, fracción IV).

El procedimiento para la adopción se establece en los artículos 933 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Los trámites para la adopción se llevan a cabo en la vía de jurisdicción voluntaria ante un Juez de lo Familiar. Se lleva a cabo por medio de un escrito en el que se manifieste la voluntad de las partes antes mencionadas así como sus nombres, edades y domicilios,

exhibiendo las pruebas pertinentes a fin de acreditar la petición. Una vez ofrecidas todas las pruebas requeridas, el Juez debe de resolver en tres días, si concede la adopción lo la deniega, aunque en la práctica se toman más de tres días para resolver cualquier asunto, debido a la gran cantidad de expedientes que deben analizar-¹⁴.

La adopción crea ciertas consecuencias jurídicas o ciertos efectos como son:

- a) Crea el parentesco por filiación entre el adoptante y el adoptado.
- b) Crea un impedimento para el matrimonio entre el adoptante y el adoptado y entre sus descendientes.
- c) Crea derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado semejantes a los de la filiación consanguínea.
- c) Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural no se extinguen, excepto la patria potestad.
- e) La patria potestad se transmite a los padres adoptantes, y
- f) El adoptante puede darle al adoptado su nombre y sus apellidos.

La adopción puede revocarse en dos casos. El primero de ellos es cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad, y el segundo caso es por ingratitud del adoptado, pero ¿a qué llaman ingratitud?

Un hijo adoptivo es ingrato cuando:

¹⁴ Cfr. Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit.

- a) comete algún delito intencional en contra de la persona o bienes del adoptante, de su cónyuge o de sus descendientes o ascendientes;
- b) cuando el adoptado formula denuncia o querrela en contra del adoptante, por algún delito, aunque éste se pruebe;
- c) cuando el adoptado se rehusa a dar alimento al adoptante que ha caído en la pobreza.

En caso de decretarse la revocación de la adopción, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de realizarse la misma, cuando las partes convinieron en revocarla, y en el caso de ingratitud, se dejan de producir efectos en el mismo momento en que se cometa el acto de ingratitud.

Hemos mencionado en diversas ocasiones el parentesco por filiación. Ahora nos corresponde pasar al estudio de esta tan importante institución del Derecho de Familia.

3.-LA FILIACION

Antes de empezar el estudio de la filiación, es importante dar una breve explicación de lo que es el parentesco, para poder entender fácilmente la filiación.

El parentesco es una situación permanente que se establece por una relación entre dos personas, de las cuales una descende de la otra o bien, dos personas que sin descender una de la otra provienen de un tronco común o progenitor común.

La legislación mexicana reconoce tres tipos de parentesco que son:

- a) consanguinidad;
- b) afinidad y;
- c) civil.

El parentesco por consanguinidad es aquél que se da en virtud de que las personas provienen de un mismo progenitor. Este parentesco se explica por grados y líneas; cada generación forma un grado y la serie de grados forman lo que se conoce como línea de parentesco¹⁵.

La línea puede ser: recta cuando se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de las otras y se les denomina ascendientes y descendiente. En este caso, la ley no establece limitación alguna para efectos jurídicos. La otra línea es la llamada transversal y se compone de personas que sin descender unas de las otras, provienen de un mismo progenitor o tronco común.

El parentesco por afinidad es el que se adquiere por medio del contrato de matrimonio entre el hombre y los parientes de su esposa y la mujer y los parientes de su esposo. Este tipo de parentesco produce pocas consecuencias jurídicas, una de las cuales es, el impedimento para contraer matrimonio con los parientes por afinidad en línea recta.

El parentesco civil es aquél que se adquiere por la adopción, la cual ha quedado explicada anteriormente en forma resumida.

¹⁵Cfr. Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit.

El parentesco, como todas las instituciones del Derecho, produce ciertas consecuencias jurídicas como:

- a) el derecho y la obligación de dar y recibir alimentos;
- b) crea efectos en las sucesiones legítimas y testamentarias;
- c) produce impedimentos para contraer matrimonio y;
- d) origina derechos y obligaciones en cuanto a la patria potestad¹⁶.

Vamos ahora a pasar al análisis de la filiación. El término filiación viene del latín *filus* que significa hijo y se refiere al conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

La importancia de la filiación reside en que comprende todas las relaciones jurídicas familiares en las que intervienen los padres como sujetos respecto de los hijos y recíprocamente. Su objeto es la realización de los fines y de los intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad. Por esa razón es que la filiación abarca la institución de la patria potestad (tema central de esta investigación) que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y los derechos y deberes en general.

La procreación es un presupuesto biológico fundamental en la filiación, ya que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, como lo hemos mencionado, aunque la procreación es una excepción cuando se trata de adopción; lo que no es válido es hablar de procreación sin filiación. En el

¹⁶Cfr. *Idem*.

caso de la procreación, es necesario que se reconozca al hijo o que se reclame por medio de la acción correspondiente.

La filiación es definida por Baqueiro como "el vínculo existente entre los padres y el hijo de ambos, visto desde el lado de los hijos".¹⁷

Para Galindo Garfias la filiación es "la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra".¹⁸

Nuestro Código Civil reconoce en primer lugar a los hijos de los cónyuges dentro del matrimonio. Dice el artículo 324.- "Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

La paternidad y la maternidad pueden ocurrir dentro del matrimonio o fuera de éste. En el primer caso estamos hablando de filiación matrimonial, y en el caso de que el hijo nazca de una pareja que no esté casada se le denomina filiación extramatrimonial. Anteriormente se establecían diferencias en cuanto a la protección jurídica de los menores, tomando en cuenta que éstos fueran hijos legítimos o naturales, pero a partir de la Ley sobre Relaciones Familiares

¹⁷ Baqueiro Rojas. Ob. Cit.

¹⁸ Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit.

de 1917 ya no existen diferencias ya que los hijos no tienen la culpa de los actos cometidos por los padres.

Los elementos constitutivos de la filiación se establecen distintamente en relación al padre o a la madre ya que, por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa, no así en el caso de la paternidad , la cual no puede ser probada en forma directa, sino que es necesario el reconocimiento por parte del padre; o bien la investigación a través de un juicio¹⁹.

El artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, en cambio en el caso del padre, si puede llegar a desconocerlo en alguna situaciones como es el caso de que se demuestre que no tuvo acceso carnal con su mujer durante los diez meses que precedieron al nacimiento, o bien, que el nacimiento se le haya ocultado o, en el caso de nulidad y divorcio puede desconocerlo trescientos días después de que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional.

La filiación se prueba con el acta de nacimiento en cualquier caso y con el acta de matrimonio de los padres en caso de ser hijo de matrimonio. A falta de tales actas, la filiación se prueba con la posesión constante del hijo nacido del matrimonio . A falta de esa posesión, son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza excepto la testimonial, en algunas ocasiones.

¹⁹Cfr. Galinfo Gortias Ignacio Ob. Cit

Es necesario saber que un menor de edad no puede reconocer un hijo sin el consentimiento de su tutor o de las personas que ejerzan la patria potestad sobre él. A falta de éstos, se requiere de una autorización judicial.

Establece el artículo 369 del Código Civil que: "El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.
- II.- Por acta especial ante el mismo Juez.
- III.- Por escritura pública.
- IV.- Por testamento.
- V.- Por confesión judicial directa y expresa."

Respecto a los hijos nacidos de concubinato, hablaremos en el estudio del tema relativo.

Ya hemos señalado cuáles son los hijos nacidos de matrimonio y cuáles son los hijos nacidos fuera de él y de los casos en los que se puede reconocer a un hijo o desconocerlo. Ahora vamos al estudio de los efectos que produce la filiación.

Como toda institución del Derecho, la filiación tiene un porqué. Esta produce ciertos efectos para las partes involucradas, como algunos derechos y algunas obligaciones recíprocas, entre las que se encuentra la obligación de dar alimentos, la cual se establece en el artículo 304 del Código Civil. Esta obligación es a la vez un derecho para la otra parte, de recibir los alimentos.

Otro de los derechos que se derivan de la filiación, es el de la posibilidad de heredar cuando no hay testamento.

Una vez explicado lo relativo a la paternidad y a la filiación, es conveniente pasar ahora a dar una breve explicación de nuestro tema fundamental de estudio:

4.- LA PATRIA POTESTAD

En este capítulo nos limitaremos a dar una breve explicación del concepto de la patria potestad según los principales doctrinarios del Derecho de Familia, ya que su análisis y comentarios completos los haremos en capítulos posteriores.

"El hijo desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona -la mayoría de edad-, queda adscripto a relaciones jurídicas de autoridad que tradicionalmente se contienen en la institución de la patria potestad".²⁰ y los padres quedan obligados a velar por su bienestar, por su educación y por una buena administración en relación a los bienes del menor.

El término patria potestad viene del latín "patrius" que significa padre, y potestas significa potestad (relativo a la autoridad)²¹.

²⁰ Eduardo A. Zannoni. "Derecho Civil" Editorial Astrea (1989)

²¹ Cfr. Chavez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa. S. A. Segunda edición. México. 1992.

Planiol define a la patria potestad como "un 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 como padres".²²

La legislación de Argentina en su artículo 264 lo conceptúa como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad".²³

La legislación mexicana no nos da un concepto de la patria potestad, el artículo 413 del Código Civil únicamente señala las personas sobre las que se ejerce la misma y menciona las palabras "guarda y educación", pero no da una definición.

El Doctor Galindo Garfias señala que "la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, éstos se ejercen sobre la persona y bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos y dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere".²⁴

Ya que hemos dado una idea de lo que es la patria potestad, vamos a pasar a la investigación de nuestro siguiente tema:

²² Marcel Planiol. Ob. Cit.

²³ Código Civil de Argentina, artículo 264. (1990)

²⁴ Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit.

5.- EL CONCUBINATO

"El concubinato en el Derecho Romano designaba la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta de *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*"²⁵. En el Derecho Romano al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para con la concubina y para los hijos de tal unión, aunque el concubinato no creaba el parentesco con el padre.

En el antiguo derecho español, al concubinato se le denominaba *barragán* y fue reglamentada por Alfonso X²⁶.

El concubinato es "la unión entre un hombre y una mujer, semejante al matrimonio pero sin la celebración ante autoridad pública, constituye un hecho jurídico al que el Derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los progenitores".²⁷

El concubinato, al igual que otras instituciones del Derecho, ha sufrido transformaciones con el transcurrir del tiempo. Vulgarmente se le conoce como unión libre debido a que no hay contrato de matrimonio.

Para que se pueda afirmar que hay concubinato, no basta con que dos personas vivan juntas. Deben cumplirse ciertos requisitos tales como:

²⁵Baqueiro Rojas Edgar. OB. Cit.

²⁶Enciclopedia Jurídica OMEBA tomo XXV ed. Driskill S.A Buenos Aires, Argentina, (1986)

²⁷Idem

a) Cinco años de convivencia, lo que implica vida en común permanente, o por haber procreado hijos.

b) Tener un sólo concubino o una sola concubina.

c) Ambos concubinos deben estar libres de matrimonio.

Sabemos que el concubinato trae consecuencias jurídicas para las partes como:

a) Derecho a recibir alimentos.

b) Derecho a heredar por parte de la concubina y de los hijos.

c) Presunción de paternidad respecto de los hijos que nazcan del concubinato.

También produce otros efectos en relación a la Ley Federal del Trabajo y a la Ley del Seguro Social y a la del ISSSTE.

Actualmente y a pesar de que el concubinato es una institución del Derecho de Familia, el contrato de matrimonio es más común que el concubinato en nuestro país, debido a que algunas personas aún desapruaban tales actos, por ser uno de los países con ideas conservadoras que subsisten en el mundo actual.

6.- LA TUTELA

Para finalizar, vamos a explicar brevemente lo que significa la tutela. "La palabra tutela proviene del latín tutela, que a su vez deriva del verbo "tucor",

que significa preservar, sostener, defender o socorrer".²⁸ En sentido amplio, la tutela es considerada como "el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y/o bienes de quienes, por diversas razones, se presume, hacen necesario -en su beneficio- tal posición".²⁹

Sus antecedentes vienen del Derecho Romano; en la antigua Roma, la tutela era considerada como un poder jurídico sobre los menores que no habían llegado a la pubertad y no se encontraban sometidos a la potestad paterna. La tutela se extendía hasta las mujeres que no se hallaban bajo la potestad ni a la *manus marita*³⁰. En el Derecho Español antiguo, el Fuero Juzgo disponía tutores a los menores de 15 años huérfanos de padre y la designación se hacía por orden, la madre, hermanos mayores, tíos, primos, etc.

Una vez relatados brevemente los antecedentes y la procedencia de la palabra vamos a su concepto.

Nuestro Código Civil no nos da un concepto de la tutela, pero sí nos dice cuál es su objetivo. "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse a sí mismos. La tutela puede tener por objeto la representación interina del capaz en los casos especiales que señale la ley". (Art. 449 del Código Civil).

²⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.(1984)

²⁹ Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA

³⁰Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.(1984)

Para entender lo anterior es necesario saber quiénes son las personas que tienen incapacidad natural y legal. Según el artículo 450 del Código Civil,

"Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los menores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que, debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

La tutela puede darse de tres formas. La primera de ellas es la **Tutela Testamentaria**.- Como su nombre lo indica, es aquella que se deja estipulada en un testamento. Esto quiere decir que si una persona que ejerce la patria potestad sobre un menor fallece, puede dejar estipulado en testamento un tutor para el menor.

Hay ocasiones en las que existe más de un menor bajo la patria potestad; en esas situaciones pueden dejarse estipulados más de un tutor para cada uno de éstos, o bien, un tutor común para todos.

Los tutores deben seguir todas las reglas que ha dejado establecidas el testador para la administración de la tutela que no sean contrarias a la ley. En caso de que el tutor las estime dañosas para los menores, acudirá ante un Juez, con el fin de que las dispense o modifique.

Otra clase de tutela es la **Tutela Legítima**.- Es aquella que se ejerce cuando no hay tutor testamentario. La pueden ejercer: en primer lugar, los hermanos del menor de edad, y a falta de éstos, los demás colaterales dentro del cuarto grado. En el caso de que haya más de un pariente que pudiera ejercerla por ser del mismo grado ambos, el Juez de lo Familiar elegirá al más apto, o bien, si el menor es mayor de dieciséis años, el elegirá al que quiera.

Señala el artículo 486 del Código Civil, que "el marido es tutor legítimo de su mujer y ésta lo es de su marido", y el 487, establece que los hijos mayores de edad son tutores forzosos de su padre o madre viudos.

Lo anterior se establece en caso de dementes, idiotas, sordomudos y ebrios consuetudinarios y de los que hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Todos sabemos que existen muchos niños abandonados por sus padres y niños huérfanos que son recogidos por establecimientos de beneficencia pública como son los hospicios. En caso de que ocurra esto, los tutores serán los directores de dichos establecimientos.

La tercera clase de tutela es la **Tutela Dativa**, que tiene lugar, según el artículo 495 del Código Civil:

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima

II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483".

Cuando el menor o incapaz ha cumplido los dieciséis años y se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 495, podrá designar un tutor, y en caso de que sea menor de dieciséis, lo nombrará un Juez de lo Familiar, consultando la lista que para tal efecto existe.

Para ser tutor se deben cumplir ciertos requisitos como el ser mayor de edad, así como existen también diversos impedimentos para poder desempeñar tal cargo. Algunos de estos impedimentos se encuentran en el artículo 503 del Código civil y son: el padecimiento de alguna enfermedad crónica contagiosa, ser Juez, magistrado o funcionario público en la administración de justicia, el residir en lugar distinto a aquel en el que deba ser ejercida la tutela y algunos otros.

Las obligaciones que debe cumplir un tutor, están estipuladas en el artículo 537 del Código Civil y son las siguientes:

I.- Alimentar y educar al incapacitado.

II.- Destinar de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación, de sus enfermedades o a su regeneración, si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes.

III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el Juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad:

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses.

IV.- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponden a él y no al tutor.

V.- A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y de otras estrictamente personales".

Algunas personas pueden excusarse del desempeño de la tutela como: los empleados y funcionarios públicos, los militares en servicio activo, los que tienen a tres o más personas bajo su patria potestad, los que son demasiado pobres y no puedan dar lo necesario para la alimentación y cuidado del incapaz, los que no gocen de un buen estado de salud, las personas que tengan sesenta años cumplidos, etc. (Artículo 511 del Código Civil).

Por último y para finalizar este primer capítulo, es necesario señalar las causas de extinción de la tutela. Estas causas son:

La muerte del pupilo o la desaparición de su incapacidad y cuando el incapacitado sujeto a la tutela, entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción³¹.

³¹ Artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, México, 1990.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

A) La Patria Potestad en el Derecho Romano

El Derecho Romano ha tenido una gran trascendencia para los estudiosos del derecho, ya que nos ha transmitido un gran número de normas que permanecen en el derecho vigente. La patria potestad, como muchas de las instituciones del Derecho, tiene antecedentes en el Derecho Romano.

"Las personas que integraban la familia romana, estaban divididas en dos clases; *alieni juris* y *sui juris*. Las personas *alieni juris* eran aquellas que estaban sometidas a la vida de otro, de modo que había cuatro poderes;

- 1.- La autoridad del señor sobre el esclavo.
- 2.- La autoridad paternal o patria potestad.
- 3.- La *manus* que era la autoridad del marido y a veces de un tercero sobre la mujer casada.
- 4.- El *mancipium* que era una autoridad especial de un hombre libre sobre otro hombre en las mismas condiciones"³²

Por otra parte estaban las personas *sui juris* que eran aquellas personas que estaban libres de toda autoridad. A estas personas se les llamaba paterfamilias o padre de familia. Su autoridad era tan grande y tan importante que podían incluso ejercer los cuatro poderes antes mencionados.

³²Petit Eugene. "Derecho Romano". Ed. Porrúa, S.A. Novena edición. México, 1992.

También estaba la mujer *sui juris*, que era llamada materfamilia. No importaba si la mujer estaba casada o no lo estaba, la importancia radicaba en que fuera una mujer honesta y de buenas costumbres. La mujer *sui juris* podía tener patrimonio propio y era considerada como ama sobre los esclavos, pero no podía ejercer la *mannus* ni el *mancipium* ya que éstos eran exclusivos de los hombres³³.

La *mannus* y el *mancipium* desaparecen posteriormente, quedando únicamente la patria potestad, por lo cual las personas *alieni juris* fueron llamadas hijos de familia.

La familia, también llamada *domus*, comprendía la reunión de un grupo de personas colocadas bajo un jefe único, el paterfamilias.

"En el Derecho Romano, la palabra familia se aplicaba en dos sentidos:

1.- En sentido propio.- Se entiende por familia un grupo de personas reunidas bajo la autoridad o la *mannus* del jefe único que era el paterfamilias. Es obvio que la familia romana vivía bajo un régimen patriarcal. El abuelo o el padre eran los dueños absolutos de las personas que estaban bajo su autoridad y su poder se extendía hasta las cosas. Todas las cosas se concentraban en un patrimonio único sobre el cual sólo el paterfamilias tenía los derechos de propietario:

2.- En el segundo sentido.- El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *mannus*, estaban unidos por el parentesco civil.

³³Clr. Petit Eugene. "Derecho Romano". Ed. Porrúa, S.A. Novena edición. México, 1992.

"El paterfamilias y las personas colocadas bajo su imperio, están unidos entre ellos por el parentesco que se llama *agnatio*, subsistiendo esta ligadura hasta la muerte del jefe"³⁴.

-La *agnatio* era un parentesco fundado en la autoridad paternal o marital. Los agnados eran los descendientes por vía de varones sometidos a la autoridad del paterfamilias y a la mujer *in manus*. Esto quiere decir que la agnación existe entre los padres y los hijos e hijas nacidos de una unión de matrimonio legítimo o introducidos en la familia por la adopción. La agnación no tiene límite en línea recta, podría llegar hasta el infinito, pero únicamente se transmite por vía de varones. Un ejemplo que explica esto claramente sería el siguiente: los hijos que tuvieran los hombres agnados van a formar parte de la familia agnada, pero los hijos que procreaban las hijas, no eran agnados.-³⁵

"La *cognatio* era un parentesco que unía a las personas descendientes unas de las otras, en línea recta o de un autor común (línea directa y colateral respectivamente) sin distinción de sexo"³⁶

Estas personas, para nuestro derecho son lo que constituye una familia, pero para el Derecho Romano era indispensable ser *agnado* para pertenecer a la familia.

Nos referimos ahora al concepto de la potestad paternal en el Derecho Romano. En el Derecho Romano, la potestad paternal se ejercía por el jefe de familia o paterfamilias sobre todos los demás descendientes que formaban

³⁴Petit Eugene. Ob. Cit.

³⁵Chr. Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XXI ed. Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina, (1986)

³⁶Petit Eugene. Ob. cit.

parte de la familia civil. Todas esas personas que estaban sujetas a la potestad paternal eran llamadas *filius familias* o *fillas familias*.

La patria potestad era ejercida por un ciudadano romano sobre otro ciudadano también romano. La esencia del poder del padre de familia se manifestaba tanto en las relaciones patrimoniales, como en las personales. La patria potestad se caracterizaba porque su objeto principal no era la protección y el cuidado de los hijos. El interés principal radicaba en el paterfamilias.

Este poder absoluto que tenía el paterfamilias fue evolucionando lentamente. En un principio el jefe de familia tenía sobre los hijos derechos de vida y muerte. Entre las consecuencias que encontramos de la patria potestad están las siguientes: en un principio, las facultades de que gozaban los que estaban sometidos a la misma eran pocas; éstos no podían liberarse de la misma ni por cumplir la mayoría de edad, ni por contraer matrimonio. Los que estaban sujetos a la patria potestad, eran propiedad del jefe de familia, el cual no siempre era el padre, ya que la autoridad del padre se borraba con la del abuelo. La madre no podía tener la potestad. El poder era tan grande sobre las personas sometidas a la potestad paternal, que el padre podía mandar matar a los hijos o abandonarlos en el caso de que cometieran faltas graves, sin que esto fuera sancionado. Posteriormente, esto fue dulcificándose hasta que se hizo necesario que el padre acudiera ante un magistrado para solicitar la pena de muerte del hijo, y aún más adelante el matar un hijo, era considerado como delito de parricidio.

Otra de las facultades que tenía el paterfamilias sobre los hijos, era cederlo a un tercero a cambio de dinero o como garantía de una obligación, la cual colocaba al hijo en condiciones similares a las de un esclavo. Esta cesión era llamada *mancipio*. Esta institución fue evolucionando también con la Ley de las XII Tablas, en la cual se establecía que si un hijo era emancipado por tres veces, recuperaba (podríamos decir que la obtenía) su libertad paternal.

Años después se llegó a prohibir la venta de los hijos, aunque con una excepción; el padre podía vender a un hijo en el caso de que se encontrara en una situación de pobreza que le impidiera proporcionar alimentos a los miembros de la familia (agnados).

En cuanto a las propiedades del hijo, éste no tenía patrimonio propio ya que todo cuanto llegaba a poseer pasaba a formar parte del patrimonio de la familia. Sin embargo, los hijos tenían el derecho a ser copropietarios sobre ese patrimonio común, el cual a la muerte del jefe de familia era recogido por los herederos.

Por lo tanto, como ya lo hemos mencionado, el hijo se encontraba en una situación similar a la de un esclavo, decimos similar porque los hijos varones podían celebrar actos jurídicos y obligarse en contratos, eran, además responsables por los delitos que cometieran. Los esclavos no tenían ninguna de esas atribuciones.

Respecto a las fuentes de la potestad paternal, tenemos en el Derecho Romano el matrimonio, que era denominado como *justae nuptiae* o *justum matrimonium*.

La mujer entraba a formar parte de la familia del marido, el cual tenía autoridad sobre ella, semejante a la del padre sobre un hijo y por este hecho se hacía propietaria de todos sus bienes. Los hijos nacidos en ese matrimonio eran considerados *agnados* y estaban sometidos a la autoridad del padre o del abuelo (en caso de que el padre fuera *alieni juris*). Por otro lado, entre los hijos y la madre solamente existe un parentesco de cognación.

En cuanto a los hijos nacidos de concubinato, estos pasaban a formar parte de la familia de la madre, esto quiere decir que eran cognados de la madre.

También se establecía la institución de la adopción, la cual podía ser de dos formas:

- **Adrogación.**- Se trata de una persona *sui juris* (libre), la cual pasaba a formar parte de la familia adrogante (adoptante).

- **Adopción.**- Se trata de una persona *alieni juris*. Esta no podía ser efectuada por la mujer ya que ésta carecía de autoridad paterna.

La patria potestad en el Derecho Romano podía disolverse de dos formas:

Entre las causas que ponen fin a la patria potestas o potestad paterna, están

- a) los acontecimientos fortuitos y

- b) los actos solemnes, que dependían de la voluntad del jefe de familia³⁷.

³⁷ Cf. *Idem*.

Los acontecimientos fortuitos son la muerte del paterfamilias, su reducción a esclavo y la pérdida de derecho de ciudadanía. En estos casos los hijos sometidos a esta autoridad se hacen *sui juris* sin perder sus derechos de agnación. Son también acontecimientos fortuitos, la muerte del *alieni juris*, su caída a la esclavitud y la pérdida de la ciudadanía y por último, tenemos la elevación del hijo de familia a ciertas dignidades como hijo de sacerdote, obispo, cónsul, etc.

Actos solemnes. Entre los actos solemnes que ponen fin a la potestad paternal, se encuentran la adopción y la emancipación, ya que como lo mencionamos, el hijo que era mancipado por tres veces, adquiriría su libertad de la autoridad paternal.

B) La Patria Potestad en el Derecho Español Antiguo

En el Derecho español antiguo, encontramos que la patria potestad no era tan rigurosa como en Roma, aunque el padre conservaba cierto poder sobre su esposa y sobre sus hijos, continuando la mujer ligada a su familia antigua.

En la España antigua podemos observar que se percibe una gran influencia germánica respecto a la organización de la patria potestad. El Derecho Romano se vio oscurecido por la influencia germana. Y por esta razón, la patria potestad no era tan rigurosa en el Derecho Español³⁸.

³⁸ Cfr. Chávez Ascencio Manuel. "La Familia en el Derecho" segunda edición. Ed. Porrúa, México, 1992.

En España se percibe también la influencia de ciertas ideas del cristianismo en cuanto a patria potestad se refiere, ya que se entiende que la patria potestad debía ser ejercida con piedad paternal. Esta piedad paternal no descartaba la posibilidad de poder corregir a los hijos. Esto únicamente significaba que los hijos no son objetos y debían ser corregidos templada y mesuradamente, sin llegar a los extremos.

En principio, los españoles rechazaban toda idea de vender o matar a los hijos. El padre que mataba a un hijo era considerado como delincuente ya que el acto era considerado como delito grave. En caso de que un padre se atreviera a vender un hijo pese a la prohibición, en el momento en que se descubriera dicha venta, se declaraba nula y el comprador perdía su dinero. Los hijos, por su parte, podían querellarse en contra de sus padres cuando eran maltratados gravemente.

La patria potestad en el Derecho Español antiguo, sólo se concebía en las familias legítimas³⁹. Esto quiere decir que los hijos debían ser producto de un matrimonio legítimo. Hay que recordar que el matrimonio legítimo es aquél que se celebra conforme a los requisitos que establecen las leyes del lugar. Lo cual quiere decir que los hijos producto de una relación en concubinato no estaban sometidos a la patria potestad.

Una diferencia notoria entre el Derecho Romano y el Derecho Español antiguo, es que la importancia de la patria potestad en el segundo, radicaba en la protección de los hijos y no en el interés de los padres. Es entonces,

³⁹Cfr. Mem.

cuando se empieza a considerar que la patria potestad tiene su fundamento en el derecho natural y no en el derecho positivo.

Una similitud que encontramos entre el Derecho Romano y el Español, es la forma en que los hijos podían liberarse de la patria potestad de los padres. Recordemos que en el Derecho Romano los hijos se liberaban cuando eran promocionados para desempeñar un cargo público o cuando eran elevados a alguna dignidad como cónsul, consejero de rey, obispo, etc. Bueno, en España sucedía lo mismo.

C) La Patria Potestad en la Epoca Precolombina

Durante la época precolonial, el matrimonio era considerado como la base de la familia y la familia era considerada como la base de la comunidad y por lo tanto se le tenía en un alto concepto.

El matrimonio era un acto exclusivamente religioso que carecía de valor cuando no se celebraba de acuerdo a los rituales ceremoniales.

En aquella época se acostumbraba que los nobles y los ricos tuvieran más de una mujer o esposa, pero de entre éstas, se distinguía la mujer legítima que era con la que había contraído matrimonio de acuerdo a los rituales ceremoniales. Este acto matrimonial no se llevaba a cabo ante ningún poder público, pero tampoco se llevaba ante un sacerdote. En el acto ceremonial se reunían únicamente los parientes de los contrayentes. Cuando el hijo varón llegaba a la edad propicia para contraer matrimonio, que era de veinte años,

los padres olegían a la mujer con la que el hijo iba a contraer matrimonio, pero para realizar el acto de matrimonio era indispensable el consentimiento de los contrayentes.

En cuanto a lo que a patria potestad se refiere, el hombre era el jefe de familia y a su cargo estaba la educación de los hijos varones. La educación de las mujeres estaba a cargo de la madre. A pesar de que el hombre era el jefe de familia, en cuanto a derechos, se encontraba en igualdad de condiciones que la mujer⁴⁰.

Al igual que en el Derecho Romano, la patria potestad confería un gran poder sobre los hijos, ya que el padre podía venderlos como esclavos cuando la pobreza fuera tal que no pudieran sostener a los hijos. También los padres intervenían en la realización del matrimonio, ya que era indispensable su consentimiento para realizar la ceremonia.

Los padres estaban facultados para aplicar correctivos a sus hijos; para castigarlos podían utilizar la violencia como medio de corrección. Los métodos más usuales eran; cortarles el cabello, herirlos con espinas de maguey y cuando el hijo era considerado como incorregible, el padre podía venderlo, previo permiso de las autoridades correspondientes.

"Los hijos de los nobles, de los ricos y los de clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años; recibían la educación del padre y de la madre respectivamente. A los quince años los entregaban al *Calmecac* o en el *Telpulchalli*, según la promesa que se hubiese hecho el día de su

⁴⁰Cfr. Mendieta y Núñez Lucio, "El Derecho Precolonial", cuarta edición, ed. Porrúa, México, 1981.

bautismo. Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años, hasta que sus padres concertaban el matrimonio. Del colegio salían, por tanto, a formar un hogar y prestar sus servicios a la vida pública".⁴¹

En el caso de las mujeres, se dice que se educaban en su casa generalmente, pero también existían establecimientos educativos para ellas y otros establecimientos de reclusión como conventos bajo la autoridad de sacerdotes a los que acudían algunas mujeres.

"En derecho, propiamente no existía el divorcio, pero cuando se presentaba alguno de los cónyuges solicitándolo, los jueces se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones, autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera".⁴²

Una vez otorgado el permiso o la autorización de los jueces, el cónyuge solicitante podía separarse del otro y esto equivalía a un divorcio.

Obviamente, esa autorización judicial era concedida cuando había una causa importante como la esterilidad de la mujer, la diferencia de caracteres o la mala conducta de la mujer.

En caso de que los padres se divorciaran, los hijos varones se iban con el padre y las mujeres con la madre, pero los divorciados no podían volverá contraer matrimonio.

41 Idem

42 Idem.

En cuanto a las formas de terminación y suspensión de la patria potestad, so se sabe a ciencia cierta cuáles eran esas formas pero suponemos que terminaba con el matrimonio ya que, como lo hemos mencionado, la patria potestad se ejercía por los padres y no por un jefe único de familia como era el caso del paterfamilias en el Derecho Romano.

D) La Patria Potestad en el México Independiente hasta los Códigos Civiles de 1870 y 1884

En principio es indispensable hablar del matrimonio en el México Independiente en virtud de que, esta institución está íntimamente ligada a la patria potestad, en cuanto los hijos sujetos a ella hayan nacido dentro del vínculo matrimonial de sus padres.

En el México Independiente el matrimonio era competencia exclusiva de la Iglesia, pero fue evolucionando hasta nuestros días en que el matrimonio es considerado como un contrato por nuestro Código Civil vigente.

La Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857 es la primera ley que exige a los ciudadanos el registro de todos los actos civiles. En su artículo 72 señala lo siguiente:

"El matrimonio que no está registrado no producirá efectos civiles."

El artículo siguiente de la misma ley orgánica establece:

Artículo 73.- "Son efectos civiles para el caso: La legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido y la obligación de vivir en uno".

De lo anterior podemos deducir que, para que la patria potestad pudiera ejercerse, o más bien producir efectos jurídicos era necesario que los padres estuvieran casados.

Años después la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859 establece en su artículo primero que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil". Aquí ya se le da al matrimonio el carácter de contrato civil y como sabemos, todos los contratos civiles traen consecuencias jurídicas y entre ellas están las obligaciones que se derivan de la patria potestad.

En el artículo 15 de la Ley del Matrimonio Civil se establece que una vez que los contrayentes han expresado su voluntad de contraer matrimonio ante el encargado del Registro Civil, éste deberá leerles la epístola de Melchor Ocampo, que aún en nuestros días es leída por algunos. En la citada epístola, se habla de matrimonio, que es el único medio moral de fundar la familia, señala también las obligaciones que deben cumplir tanto el hombre como la mujer para que el matrimonio pueda desarrollarse en absoluta armonía. Respecto de los hijos y como educarlos a la letra dice:

"...Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera y adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o castigo, la ventura o desdicha de los padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, siendo que sólo debían haber vivido sujetas a la tutela como incapaces de conducirse dignamente, se duele haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse a sí mismos hacia el bien".

La citada epístola no señala ningún tipo de sanción por el incumplimiento de los principios que se establecen en la misma, lo único que se menciona son aspectos de tipo moral más que legales; al mencionarse que no debían ser elevados a la dignidad de padres por no cumplir debidamente con sus obligaciones como tales.

En esta misma ley que comentamos del matrimonio civil, se establecen las causas por las que se disuelve el vínculo matrimonial, pero también se establece que estas personas no podían contraer nuevo matrimonio mientras viviera la persona de la que se habían divorciado.

"Hacia fines del año 1865, Maximiliano proveyó lo necesario para promulgar el primero de noviembre la Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio.."43

En el artículo 24 de esa ley se estableció la obligación de contraer dos matrimonios, el civil para cumplir con las leyes correspondientes y el religioso con el fin de cumplir con la religión católica. Es también en esa ley donde se establece en el artículo 36 la prohibición expresa a los eclesiásticos, para celebrar cualquier matrimonio sin que antes se presentase el acta mediante la cual se acreditara que la pareja estaba casada por las leyes civiles. El mismo artículo establecía que; "El Estado considera como unión concubinaría los matrimonios que no se celebren con arreglo a las prevenciones de esta ley, que no reconoce en ellos la patria potestad, la legitimación de los hijos ni ningún otro de los efectos civiles del matrimonio".

La obligación de contraer matrimonio se estableció con el fin de evitar problemas con la Iglesia. Ya que como todos sabemos, para la Iglesia el único matrimonio válido es el que se celebra ante Dios. La Iglesia entonces, estaba protestando porque las leyes civiles la estaban desplazando.

El 13 de diciembre de 1870 se publica el primer Código Civil del Distrito Federal, en el cual ya se establece el matrimonio como un contrato civil en el cual se exigen ciertas formalidades, además de algunos requisitos para que éste pueda llevarse a cabo. Se establecen también derechos y obligaciones derivadas del matrimonio, como la fidelidad, el socorro mutuo entre los cónyuges y otros más. En este código el marido tenía aún un poder

43 Cfr. Chávez Ascencio Manuel. Ob. Cit.

predominante sobre la esposa y los hijos. La esposa debía obedecer al marido. El marido era el administrador legal de todos los bienes del matrimonio y además era el representante legal de su mujer.

En lo relativo a los hijos, éstos estaban clasificados en hijos legítimos y en hijos naturales o legitimados.

La patria potestad se ejercía sobre los hijos menores de edad no emancipados. En cuanto a las personas que ejercían la misma, el artículo 392 expresaba lo siguiente:

"La patria potestad se ejerce:

I.- Por el padre.

II.- Por la madre.

III.- Por el abuelo paterno.

IV.- Por el abuelo materno.

V.- Por la abuela paterna.

VI.- Por la abuela materna".

Cabe aclarar que el orden establecido en el artículo anterior es el que debía seguirse en caso de muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente. Lo anterior significa que si el padre moría, entraba en el ejercicio de la patria potestad la madre y a falta de ésta, entraba el abuelo paterno, y consecuentemente en el orden establecido".

Entre las obligaciones del padre está la de educarle convenientemente y para ello estaba facultado para corregirlos templada y mesuradamente.

Cuando falte el padre, la persona que esté ejerciendo la patria potestad tendrá las mismas obligaciones y facultades.

Por otra parte, los hijos tienen la obligación de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Tienen también la obligación de obedecerlos y de permanecer viviendo a su lado cuando así lo dispongan los padres o la autoridad competente. Para dejar el domicilio de sus padres, se requiere el permiso de los mismos o una autorización por parte de la autoridad competente, quien deberá examinar las circunstancias del caso.

En cuanto a los efectos de los bienes de los hijos, el artículo 400 del Código de 1870 establece:

"El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están abajo de ella, y administrador legal de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".

El artículo 401 divide los bienes de los hijos en cinco clases:

1a.- Bienes que proceden de donación del padre.

2a. Bienes que proceden de donación de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

3a.- Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.

4a. Bienes debidos al don de la fortuna.

5a. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

"En la primera clase de propiedad, ésta pertenece al hijo y la administración de los bienes pertenece al padre".

En cuanto a las segunda, tercera y cuarta clases de propiedad, la misma pertenece al hijo así como la mitad del usufructo. La administración y la otra mitad del usufructo corresponden al padre, pero éste puede en cualquier momento cederle al hijo la administración y su mitad del usufructo, según lo establecido por el artículo del Código de 1870.

Según lo establecido por el artículo 404 del citado código, los bienes que el hijo adquiere por su trabajo, pertenecen a él en propiedad y usufructo.

En cuanto a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, establece el artículo 415 que:

"La patria potestad se acaba:

1º Por la emancipación.

2º Por la mayor edad del hijo".

En cuanto a la pérdida de la patria potestad, esta se perdía cuando el que la ejercitaba era condenado a alguna pena que importara la pérdida del derecho.

Para el Código de 1870, la patria potestad podía suspenderse en los siguientes casos:

1° Por incapacidad declarada judicialmente, que se refería a la incapacidad natural y legal.

2° En el caso de menores emancipados tenían incapacidad para realizar negocios judiciales.

3° Por ausencia declarada en forma.

4° Por sentencia condenatoria que impusiera como pena la suspensión de la patria potestad.

Por otra parte el artículo 423 establece la posibilidad de renunciar a la patria potestad por parte de la madre y los abuelos paternos y maternos.

En el año de 1884 entra en vigor el Código Civil reformado, el cual no presenta muchos cambios en relación al de 1870.

La patria potestad está a cargo del padre en primer lugar, a falta de éste, entraba la madre a ejercer la patria potestad, y a falta o por ausencia de los anteriores, los abuelos paternos y a falta de éstos, los abuelos maternos.

Años después, entra el Código Civil reformado, en 1884, el cual no presenta muchos cambios en nuestra materia en relación al Código de 1870.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, ésta la ejercerá el padre en primer lugar, a falta de éste, la madre y en ausencia de los anteriores, los abuelos paternos y por último, los abuelos maternos.

Los bienes del menor se clasifican en cinco clases. Las primeras cuatro son las que señalamos en el Código Civil de 1879 y una quinta clase que es la que

se integra a los bienes del menor que proceden de herencia o legado del padre.

En cuanto a la forma de administrar los bienes se establece en 1884 todo lo dispuesto en 1870.

Por lo que respecta a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, señala el artículo 388 lo siguiente:

"La patria potestad se acaba:

1º Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

2º Por la emancipación.

3º Por la mayoría de edad del hijo".

Como se puede observar, el Código Civil de 1884 agrega una nueva forma de dar por terminada la patria potestad en relación a la legislación anterior, que es la muerte de la persona que ejerce la misma cuando no hay otra que pueda ocupar el lugar. Es natural que, conforme se van modificando las leyes, se van corrigiendo faltas u omisiones de las cuales el legislador no se había percatado. La muerte de la persona que ejerce la patria potestad es una forma obvia de acabarse la misma, y como ya lo hemos estudiado, en ese supuesto, se deberá nombrar a un tutor con el fin de que éste vele por la guarda del menor así como de sus bienes.

Por otra parte, el artículo 397 del Código Civil de 1884, establece lo siguiente:

"La madre, los abuelos y las abuelas pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o el ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho".

El artículo 398 establece que el ascendiente que renuncie al ejercicio de la patria potestad no podrá recobrarla.

En este punto de la renuncia de la patria potestad, es muy importante a nuestro parecer, ya que nuestro Código Civil vigente no establece la posibilidad de la renuncia, se establece la excusa como lo veremos más adelante, ***La Patria Potestad.***

De lo anterior nos ocuparemos en capítulos posteriores, por ahora nos hemos limitado a dar una breve explicación de los antecedentes de esta tan importante institución.

CAPITULO TERCERO
LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION
VIGENTE

LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE

A) Personas sobre las que recae la patria potestad

La patria potestad constituye una función impuesta por el derecho a los padres con el fin de proteger y defender la formación integral de los hijos menores de edad. Son entonces estos menores los que están sometidos a la patria potestad mientras que exista algún ascendiente que pueda ejercerla conforme a lo establecido por el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra establece:

“Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley”.

En un análisis de las legislaciones extranjeras encontramos gran similitud con nuestras leyes. Por ejemplo; el Código Civil de España en su artículo 164 señala que; “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre”.

Establece el mismo ordenamiento legal español de igual manera que nuestro legislador que:

“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende ciertos derechos y facultades...” (mismos que señalaremos en el siguiente inciso).

Como se denota de lo anterior, el Código Civil mencionado, no da una definición de la patria potestad, pero si señala que de ésta se derivan ciertas facultades y algunas otras obligaciones.

Por otra parte tenemos a los legisladores argentinos, los cuales han insertado en el artículo 264 de su Código Civil vigente que:

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Como se puede concluir de lo anteriormente señalado, las personas que están bajo la patria potestad no varían, en cuanto a sus características de un país a otro de los que mencionamos. Por el contrario, las personas sometidas a la patria potestad, gozan de las mismas características, que son:

a) Minoría de edad. Lo cual quiere decir, como muchos ya sabemos, que la persona no ha cumplido la edad requerida por la ley para ser considerada como mayor de edad. Esta edad varía según los países.

b) Que no hayan adquirido la mayoría de edad por emancipación. La emancipación es un acto por medio del cual un menor de edad adquiere la mayoría de edad sin haberla cumplido físicamente. Esto significa que legalmente será considerado como una persona mayor de edad, pero únicamente para realizar ciertos actos. Un ejemplo de esto es la administración de todos sus bienes.

Por último, cabe hacer mención que los menores incapaces que no están sujetos a la patria potestad, no quedan desprotegidos por falta de ascendientes, pues estas personas quedan sujetas a la Tutela como lo estudiamos en capítulos anteriores.

B) Personas que ejercen la patria potestad.

En el caso de la titularidad de la patria potestad, por regla general corresponde al padre y a la madre conjuntamente, pero como todos lo sabemos, toda regla tiene una excepción. En el caso del ejercicio de la patria potestad pueden darse varios supuestos que los iremos describiendo a continuación.

Ya establecimos claramente que los hijos están bajo la patria potestad mientras que exista alguno de los ascendientes que puedan ejercerla. Pero no mencionamos quienes eran esos ascendientes.

También mencionamos que se podrían suscitar varios supuestos. Vamos a empezar por analizar la situación legal de los hijos nacidos de matrimonio.

El artículo 414 de nuestro Código Civil vigente establece que:

“La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre.
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos.
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos”

Cuando los padres faltan, señala el artículo 418 de la misma ley que "A falta de los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Es necesario hacer hincapié en lo anterior ya que, como lo vimos en los Códigos de 1870 y 1884, cuando el padre faltaba la patria potestad se ejercía por a madre, a falta de la madre, necesariamente el abuelo paterno, y consecuentemente en el orden establecido para tal efecto, no importando las circunstancias especiales de caso. Es importante destacar que el legislador se percató de que es necesario estudiar el caso específico para determinar quién es la persona adecuada para la función y no imponer a la persona sin tomar en cuenta sus características.

Otro de los supuestos que se dan en cuanto a la patria potestad es aquel en el que el hijo nace fuera de matrimonio, en cuyo caso se pueden presentar dos situaciones: la primera es que los padres vivan juntos y la otra es que vivan separados.

En cuanto a lo anterior el artículo 415 del Código Civil establece que:

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

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381".

Los citados artículos se refieren a la custodia de los menores, pero el legislador lo suple para la patria potestad al remitirnos a los mismos.

El artículo 380 a la letra señala:

“Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministro Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

El artículo 381 por su parte establece lo siguiente:

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

En mi opinión deberían establecerse artículos expesos en relación a la patria potestad respecto de lo anterior, ya que la patria potestad y la guarda de los menores no son lo mismo, como lo analizaremos en capítulos posteriores.

Puede llegar a suscitarse que los padres que han procreado un hijo fuera del matrimonio se separen después de haber vivido juntos y después de haber reconocido al hijo. En cuanto a esto el artículo 417 establece que:

“Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los siguientes intereses del hijo”.

En cuanto a los hijos que son adoptivos, establece el artículo 419 que:

“La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”. Hay que recordar que en el momento que un menor de edad es adoptado deja de estar sometido a la patria potestad de los que la ejercen, para sujetarse a la del o de los que lo adopten.

En cuanto a las legislaciones extranjeras, el Código Civil de España, en su artículo 156 establece en su primer párrafo que:

“La patria potestad se establecerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo, con el consentimiento expreso del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

En el cuarto párrafo del mismo artículo se establece que:

“En defecto o por ausencia, la incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

Y por último, en caso de que los padres no vivan juntos, el artículo citado en su último párrafo señala lo siguiente:

“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con que el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para

que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre, las funciones inherentes a su ejercicio”.

Por otro lado, los legisladores argentinos atribuyen el ejercicio de la patria potestad de forma similar a la de México y a la de España, estableciendo en su artículo 264 que:

a) Tratándose de hijos matrimoniales, la patria potestad corresponde al padre y a la madre conjuntamente mientras vivan juntos y continúen casados.

b) En caso de separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, corresponde al padre o a la madre que ejerza la tenencia legal del menor.

c) En caso de muerte o ausencia de alguno de los padres, corresponde al otro.

d) Cuando se trata de hijos nacidos fuera de matrimonio, la patria potestad corresponde al que haya reconocido al hijo, y en caso de que lo hubieren reconocido ambos progenitores, ésta corresponde a los dos si están de acuerdo. En caso contrario, la patria potestad debe ser ejercida por el que tenga la guarda otorgada en forma legal.

e) Por último, el Código Civil de Argentina establece que en caso de que un hijo no hubiera sido reconocido voluntariamente, la patria potestad la ejercerá el que hubiese sido declarado judicialmente el padre del menor.

Una vez analizadas las personas que pueden ejercer legalmente la patria potestad, podemos pasar al estudio de los derechos que se derivan de esta institución.

C) Derechos que se originan con la patria potestad

A través de esta investigación hemos visto que todas las instituciones del Derecho producen ciertas consecuencias jurídicas. En este caso nos referimos a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Empezaremos por señalar los derechos.

Es necesario aclarar que estos derechos corresponden a ambas partes así como a cada uno le corresponden ciertas obligaciones. En primer lugar los padres tienen los siguientes derechos:

a) Los padres tienen el derecho a ser honrados y respetados por sus hijos según lo que establece el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal. Como podemos observar, lo que para el hijo es una obligación, es para el padre un derecho (en nuestra opinión).

b) Otro derecho para los padres que consideramos como una obligación para los hijos, es el derecho de guarda. Esto significa que el hecho de que los hijos que tengan que permanecer en el domicilio de sus padres implica que los padres puedan cumplir con su obligación de vigilar y educar a los menores. Esto se contempla en nuestro Código Civil, artículo 421 que a la letra establece:

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

Lo anterior significa que un menor de edad no podrá dejar la casa de sus padres o abuelos sin el permiso de éstos, ni podrá salir del país sin permiso previo de sus padres o de un Juez de lo Familiar del lugar en el que resida.

c) Otra de las facultades que les son otorgadas a los que ejercen la patria potestad es la de aplicar correctivos con el propósito de cumplir satisfactoriamente con sus obligaciones. Pero estos correctivos deben ser empleados mesuradamente. El artículo 423 del Código Civil nos señala al respecto que:

"Para los efectos del artículo anterior (que se refiere a la obligación de educación de los hijos) los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos...."

d) Los titulares de la patria potestad tienen también el derecho a ser representantes de sus hijos en aquellos actos que la ley establece como lo estudiamos en su momento.

e) Otra de las facultades que la ley concede a los padres es la de administrar los bienes de los hijos a excepción de algunas clases de bienes que estudiaremos con posterioridad, y también les concede a los padres el usufructo legal de las rentas de los bienes de los hijos, (la mitad de este usufructo).

f) Por otro lado, los que ejercen la patria potestad tienen el derecho a excusarse de su ejercicio por dos razones que se contemplan en el artículo 448 de nuestro Código que dice:

“La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos.

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño”.

g) Consideramos como un derecho, también el hecho de que la patria potestad sea ejercida por el padre y la madre conjuntamente, ya que como lo hemos establecido en capítulos anteriores, en los Códigos de 1870 y 1884, se ejercía en primer lugar por el padre y a la madre se le consideraba como una segunda opción en caso de que faltara el padre.

Una vez que hemos descrito los derechos correspondientes a la patria potestad para los padres, nos toca estudiar los derechos que corresponden a los hijos. Los derechos de que gozan los hijos están muy relacionados con las obligaciones de los padres.

En primer lugar los hijos tienen derecho a:

a) Recibir por parte de sus padres una educación adecuada tal como se contempla en el artículo 422 del Código Civil.

b) Tienen también el derecho a recibir los alimentos. Este derecho se establece como una obligación para los padres como lo veremos más adelante.

c) Tienen el derecho también a ser representados en juicio por aquellos que ejerzan la patria potestad. El que los represente en juicio tendrá la obligación de cuidar sus intereses de la mejor manera posible.

d) Por otra parte, los hijos tienen el derecho a no ser maltratados ni abandonados por sus padres ya que eso trae como consecuencia jurídica la pérdida de la patria potestad para pasar a las obligaciones inherentes a la misma.

D) Obligaciones que surgen con la patria potestad

Las obligaciones que se derivan de la patria potestad están muy relacionadas con los derechos que definimos en el inciso anterior. Podemos decir que una obligación para los padres es, para los hijos un derecho. De esta forma podemos enlistar las siguientes obligaciones:

a) En primer lugar, los padres tienen la obligación de educar a los hijos. Esta educación comienza desde que los hijos son pequeños y empiezan a explorar el mundo. Cuando crecen, los padres tienen la obligación de enviarlos a la escuela.

El artículo 422 primer párrafo, establece la obligación al señalar que:

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

El incumplimiento de esta obligación así como el incumplimiento de todas ellas, trae como consecuencia jurídica la posible pérdida de la misma.

b) Otra de las obligaciones que se establecen para los padres es la de alimentación. Señala el artículo 303 del Código Civil que:

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

Ahora bien ¿qué comprenden los alimentos? Los alimentos no sólo comprenden la comida que necesiten los menores para gozar de buena salud física. Los alimentos comprenden, además el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados para su sexo y circunstancias personales.⁴⁴

Pasaremos ahora a enlistar las obligaciones que corresponden a los hijos en cuanto a la patria potestad.

a) Como lo señalamos en líneas anteriores, los hijos tienen la obligación de permanecer en el domicilio de los padres o de las personas que ejerzan la patria potestad mientras estén sometidos a la misma. Esta obligación la señalamos anteriormente como un derecho para los padres, pero es principalmente una obligación para los hijos, el tener permiso previo de los padres para abandonar

⁴⁴Artículo 308, Código Civil para el D.F. Ed. Porrúa.

su domicilio. Es por esta razón que los menores de edad no pueden dejar el país sin el permiso de ambos padres (cuando ambos ejercen la patria potestad).

b) Otra de las obligaciones que corresponden a los hijos es la de respetar y honrar a sus padres y a sus demás ascendientes.

La obligación de honrar y respetar a los mayores es una actitud que se ha ido perdiendo con el tiempo. Los hijos, a pesar de que están obligados a ello, no siempre cumplen con esa obligación.

E) Extinción de la patria potestad

La patria potestad puede acabarse, puede suspenderse o puede perderse según sea el caso. Vamos a empezar por el estudio de la extinción de esta institución.

La extinción significa que la patria potestad se acaba, se termina, y por lo tanto sus efectos son irreversibles como lo veremos a continuación.

Señala el artículo 433 del Código Civil que:

“La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.
- III.- Por la mayoría de edad del hijo”.

En el punto primero del artículo citado, se trata del caso de que no existe persona alguna que pueda ejercer la patria potestad sobre los menores de edad, en otras palabras, los padres, los abuelos paternos y los abuelos maternos han fallecido o se encuentran desaparecidos, por lo que se les nombra un tutor, ya que como lo hemos visto, la tutela se ejerce sobre las personas menores de edad o incapacitados que no están sujetos a la patria potestad.

En el segundo punto del artículo 433 se establece la emancipación por matrimonio. Para entender lo anterior, es necesario definir lo que significa la emancipación. La emancipación es un acto por el cual un menor de edad adquiere la mayoría de edad por el hecho de haber contraído matrimonio. Si el matrimonio se disuelve, el cónyuge emancipado continuará teniendo la administración de sus bienes, ya que la extinción de la patria potestad por matrimonio pierde sus efectos en relación al menor y en relación también a sus bienes en forma definitiva.

En el último inciso del artículo citado, se establece la terminación de la patria potestad por la mayoría de edad del menor. Este punto se asemeja al anterior en cuanto a que el menor sea considerado mayor de edad, pero en este caso se refiere al cumplimiento de los dieciocho años que se establecen en nuestro país para que una persona sea considerada como mayor de edad. En este caso la patria potestad pierde todos sus efectos en relación a la persona del menor y a sus bienes.

En cuanto a las legislaciones extranjeras, tenemos por ejemplo al Código Civil de España, que en su artículo 169 nos señala las posibles causas por las que se acaba la patria potestad y son las siguientes:

1° Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.

2° Por la emancipación.

3° Por la adopción del hijo.

Podemos observar que las causas señaladas difieren con las establecidas en nuestro país en cuanto al señalamiento de la muerte del hijo. En nuestro Código Civil no se señala la posible muerte del hijo ni la terminación por adopción en el artículo 433 que es el que establece las formas por las cuales se acaba la patria potestad. Esto a pesar de que hemos señalado en diversas ocasiones que la adopción trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad.

f) Pérdida de la patria potestad

En cuanto a la pérdida del derecho a ejercer la patria potestad, nos encontramos en una situación en la cual los padres cometen alguna falta grave y son condenados a la pérdida del ejercicio. Lo anterior nos indica que una de las personas que ejerce la patria potestad (en caso de ser dos las que la ejercen) pierde los derechos que se derivan de la misma, por faltas cometidas por éste. La autoridad Judicial, entonces lo ha condenado a la pérdida de tal derecho, por lo tanto el otro ascendiente ejercerá unilateralmente la patria potestad.

El Código Civil en su artículo 444 nos indica las hipótesis mediante las cuales es susceptible la pérdida de la patria potestad:

“La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 283.

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

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

En los casos de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad, nos encontramos frente a diversas situaciones. En principio, el primer inciso del artículo citado se refiere a una persona que es condenada a la pérdida del derecho expresamente. Se trata aquí de una situación en la que existe una sentencia judicial dictada por un juez de lo familiar después de haberse comprobado que existían las pruebas suficientes para condenar a la persona a la pérdida del derecho.

En el mismo inciso se señala que la persona sea condenada dos o más veces por delitos graves. Podríamos citar como delitos graves aquellos que ponen en peligro la misma y los delitos contra la salud y la integridad personal, sin mencionar algunos otros.

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

Los incisos III y IV son precisos y no requieren de explicación detallada.

Recordando los Códigos de 1870 y 1884, éstos señalaban que la madre y la abuela que pasaran a segundas nupcias, perdían por ese hecho la patria potestad. Actualmente no es así, ya que el legislador modificó lo anterior tomando en cuenta que ese hecho no afecta en ninguna forma el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores. El artículo 445 de nuestra legislación vigente establece lo siguiente:

“La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por ese hecho la patria potestad”.

El artículo 446 especifica que el marido con el que van a contraer nuevas nupcias no ejercerá por ese hecho, la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior de la madre o la abuela.

g) Suspensión de la patria potestad

Para finalizar con este punto de la patria potestad en nuestra legislación vigente, explicaremos las causas por las que se suspende la patria potestad según nuestras leyes actuales.

Al respecto nos establece el artículo 447 del Código Civil que:

“La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por ausencia declarada en forma.

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión”.

La suspensión de la patria potestad no es un acto definitivo, como lo es la extinción y también lo es la pérdida. Por el contrario, la suspensión del derecho es temporal.

Cuando nos encontramos ante una incapacidad declarada judicialmente nos imaginamos que la persona que debe ejercer la patria potestad se encuentra incapacitada para ejercerla por alguna razón que el Juez estimo de suma importancia. ¿Qué pasaría si el padre, la madre o la persona que esté ejerciendo la patria potestad del menor sufre un accidente y entra en estado de coma?

Podría solicitarse la incapacidad en virtud de un estado de salud inconveniente, pero esta persona podría recuperar la salud. Por ese hecho puede recuperar la patria potestad. En cuanto a las personas desaparecidas, nuestro código no establece tampoco nada al respecto. ¿Quién ejercerá la patria

potestad de los menores cuando ambos padres están desaparecidos? y ¿qué pasaría si la o las personas desaoarecidas regresan?

Existe una tesis al respecto que dice lo siguiente:

PATRIA POTESTAD, A QUIEN CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA, EN AUSENCIA DE LOS PADRES, (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN).- Acorde con lo establecido por los artículos 367 y 371 del Código Civil, el ejercicio de la misma, en su ausencia, corresponde a los abuelos paternos, en principio y ante su falta a los abuelos por línea materna.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 45/90.- Luis Sánchez Bautista.- Ponente: Raúl Murillo Delgado.- Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco.

Por su parte, el Código Civil de España, cita que los que ejercen la patria potestad pueden ser privados de la misma, debido al incumplimiento de los deberes exigidos a los mismos. Esta privación puede ser parcial o total. Establece también en su artículo 170 que los Tribunales pueden, en beneficio del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando la causa por la que hubiere cesado terminara.

B) Análisis de la patria potestad y su adecuación a los nuevos conceptos del derecho de familia

a) Efectos de la patria potestad.

1.- Los efectos de la patria potestad tienen una gran relación con los derechos y obligaciones que estudiamos en el punto anterior, como lo veremos a continuación.

Ya estudiamos que los hijos cualesquiera sea su edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Según Rafael de Pina "se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la emancipación y es, por lo tanto, consecuencia más bien de la patria potestad, en sentido específico, de la relación paterno-filial en sentido amplio"⁴⁵.

"La disposición del Código Civil a este respecto (artículo 411) comprende dentro de este deber moral de los hijos, no sólo a los padres como titulares del ejercicio de la patria potestad, sino también a los demás ascendientes, o sea a quienes están en la posibilidad legal de ejercerla en caso necesario"⁴⁶

A nuestro parecer, el artículo que se menciona nos determina que el respeto debe ser en cualquier momento ya cualquier ascendiente, sea o no titular del ejercicio de la patria potestad.

Otro de los efectos que se producen en relación al menor y su persona, es el hecho de que no pueden dejar la casa de sus padres, de la persona que esté ejerciendo la patria potestad o de la autoridad competente sin previo permiso de quien le corresponda según sea el caso, tal y como lo establece el artículo 421 del Código Civil.

⁴⁵Rafael de Pina. Idem.

⁴⁶Idem

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Aquí podemos incluir el hecho de que un menor de edad no puede salir del país si no tiene el permiso de ambos padres. Este permiso se refleja en el pasaporte que requiere todo mexicano para salir del país libremente. Para que un menor de edad pueda solicitar su pasaporte, es necesario que ambos padres acudan ante una oficina de la Secretaría de Relaciones Exteriores con el menor, con el fin de que registren ambos su firma, en dicho pasaporte. Con ese hecho, el menor podrá salir del país con cualquiera de sus padres. En caso de que se requiera que el menor de edad viaje sin ellos, se requiere de un permiso por escrito, firmado por ambos padres.

El tercero de los efectos en relación a la persona del menor, es aquél que se establece en el artículo 424 del Código Civil en el cual se señala que el menor de edad no puede comparecer a juicio o contraer obligaciones sin previo consentimiento de quien tenga el ejercicio de la patria potestad. En cuanto a la comparecencia a juicio, no es necesario que ambos padres acudan a representar al menor; basta con que uno de los dos lo haga con el consentimiento del otro.

Por lo que se refiere a las obligaciones que puedan contraer los menores de edad, es requisito indispensable que obtengan el consentimiento de sus padres o de la o las personas que estén ejerciendo la patria potestad. Por ejemplo, los menores de dieciocho años, no pueden trabajar sin el permiso declarado por escrito de las personas correspondientes, ya sea los padres o los abuelos en su caso.

Hay una excepción en la que los menores de edad pueden comparecer a juicio sin ser representados por sus padres y se establece en el artículo 691 de la Ley Federal del Trabajo, la cual señala que:

“Los menores trabajadores tienen capacidad de comparecer a juicio sin necesidad de autorización alguna, pero en el caso de no estar asesorados en juicio, la Junta solicitará la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para tal efecto. Tratándose de menores de dieciséis años, la Procuraduría de la Defensa del Trabajo les designará un representante”.

La obligación de impartir una buena educación a los hijos, así como todo lo necesario para ella por parte de los padres, representa un efecto en cuanto a la persona del menor. Un efecto muy importante, ya que la educación es la base del futuro para cualquier persona en este mundo.

Por último, cabe hacer mención de que pueden llegar a suscitarse desacuerdos entre los que ejercen la patria potestad en relación a la persona del menor. Estos desacuerdos surgen desde que el menor nace. Surgen desacuerdos en cuanto al tipo de educación que se le dará; permisos tanto para salir de su casa, como para salir del país; o también una decisión importante que deba tomarse, como la autorización de una operación que se requiera realizar al menor.

“En estos casos, es difícil dar una solución; no es posible otorgar la decisión a alguno de los progenitores, pues sería tanto como contrariar el principio de igualdad de ambos, en la educación del hijo y en la administración de sus bienes.

Por lo tanto, en caso de divergencia o conflicto debe acudir al juez de lo familiar, según lo perpetúan los artículos 168 del Código Civil y 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; este último previene que no

se requerirán formalidades especiales para acudir al juez de lo familiar, para resolver diferencias que surjan en lo relativo a la educación de los hijos”.⁴⁷

Artículo 168 (Código Civil).- “El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales. Por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente”.

Artículo 942 (CPC).- “No se requieren formalidades especiales para acudir ante un juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general, todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial”.

Y por último, previene el artículo 427 del Código Civil, todo lo relativo a la representación del hijo en juicio, pero eso lo veremos con detenimiento en el punto relativo a los efectos de la patria potestad con relación a los bienes del menor.

En el Código Civil para la República de Argentina DE 1993, se establecen los actos específicos en los que el menor de edad requiere el consentimiento expreso de sus padres y éstos son:

⁴⁷Cfr. Chávez Ascencio Manuel. Ob. Cit.

Artículo 264 quater. "En los casos de los incisos 1º, 2º y 5º del artículo 246, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

1º Autorizar al hijo para contraer matrimonio.

2º Habitarlo.

3º Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.

4º Autorizarlo para salir de la República.

5º Autorizarlo para estar en juicio.

6º Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.

7º Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.

En todos los casos, si un padre no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar".

Como podemos observar, nuestro Código no contiene artículo alguno en el que se establezcan claramente los actos en los que se requiera el consentimiento expreso de ambos padres. Podemos encontrarlos pero en forma dispersa y no en un sólo artículo que no estaría de más insertarlo o agregarlo.

2.- Efectos de la patria potestad respecto a los bienes del menor

Estos efectos están contemplados en el capítulo II del Título Octavo de nuestro Código vigente para el Distrito Federal.

En primer lugar, el artículo 425 determina que:

“Los que ejerzan la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código”.

En este artículo se establece que ambos padres son legítimos representantes de los menores, pero en un juicio no podrán comparecer ambos, por esa razón el legislador (previniendo lo anterior) establece en el siguiente artículo lo siguiente:

“Cuando la patria potestad se ejerza al la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración”.

Con lo previsto por el artículo 426 se demuestra un interés por proteger la igualdad en la toma de decisiones en lo que respecta al cuidado de los bienes del menor. El hecho de que, a pesar de que uno será el que represente pero los dos tomarán las decisiones, se establece con el fin de que el representante en juicio no tome decisiones que pudieran perjudicar los intereses del menor.

Para determinar los efectos que se producen en relación a los bienes del menor, es necesario establecer la clasificación que distingue nuestra legislación. El Código Civil en el artículo 428 los divide de la siguiente forma:

“Los bienes del hijo, mientras estén bajo la patria potestad se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquiere por su trabajo.
- II.- Bienes que adquiere por cualquier otro título”.

Si recordamos la clasificación que establecían los códigos de 1870 y 1884, podemos observar que se simplificó a únicamente dos clases que a nuestro parecer simplifican el estudio de los efectos que se producen en relación a los bienes del menor.

El artículo 429 determina que los bienes que el menor adquiere por su trabajo, pertenecen a él en propiedad, usufructo y en administración. Lo cual nos parece muy justo ya que lo que cada persona obtiene por su trabajo debe de pertenecer a ella misma y a nadie más. Y por otra parte, beneficia al menor en cuanto al aprendizaje de la administración de los bienes.

El artículo siguiente establece que:

“En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan 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”.

Para poder entender lo relativo a los efectos de la patria potestad, es necesario definir el usufructo, ya que es un término que se utilizará constantemente en este punto.

Según el artículo 980 del Código Civil, "el usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos".

Por otra parte, los padres pueden renunciar a la mitad del usufructo que les corresponde, haciendo constar su renuncia por escrito o por cualquier otro medio que no deje lugar a duda tal y como lo establece el artículo 431. Y esta renuncia a favor del hijo, se considera como una donación.

Según lo establecido por el artículo 990, el usufructuario tiene derecho de percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles, pero en este caso, el artículo 433 previene que los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo III del título Quinto del Código Civil y son las siguientes:

Artículo 1006.- "El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes está obligado a:

I.- A formar a sus expensas con citación del dueño, un inventario de todos ellos, haciendo constar los muebles y constar el estado en que se hallen los inmuebles.

II.- A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación y las restituirá al propietario con sus acciones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434”.

El artículo 434 establece para los que ejerzan la patria potestad, las obligaciones que corresponden a los usufructuarios con excepción de dar fianza fuera de los casos siguientes:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados.

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias.

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Los menores de edad gozan de ciertas garantías en cuanto a la administración de sus bienes por sus padres o por los que ejercen la patria potestad, como lo podemos ver en el artículo 436 mismo que determina:

*Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles precisos 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, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos”.

Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos conforme a lo establecido por el artículo 439 del Código Civil.

El artículo 438 establece las formas por las cuales se extingue el usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad y son:

I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad de los hijos.

II.- Por la pérdida de la patria potestad.

III.- Por renuncia.

Hay ocasiones en que los padres tienen intereses opuestos a los de los hijos, en cuyo caso un juez competente nombrará un tutor para que represente al menor en cada caso. Esto con el fin de que los bienes de los hijos no se vean disminuidos o derrochados debido a una mala administración por parte de quienes ejercen la patria potestad.

Por último, el artículo 442 señala que las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego de que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

b) Diferencias y semejanzas entre la patria potestad y la guarda o custodia.

La patria potestad y la guarda o custodia de los menores tienen una gran relación, aunque no significan lo mismo. En principio es de gran importancia destacar que guarda y custodia si son una misma cosa, como lo explicaremos a continuación, ya que algunas personas suponen que son dos cosas distintas debido a que en algunas situaciones se les denomina "guarda y custodia".

"Las palabras *guardar* y *custodiar* proceden respectivamente del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar". quiere decir cuidar".⁴⁸

Ahora si podemos dar una definición de lo que significan las palabras custodia y guarda.

"Por guarda de los hijos se entiende, en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia".⁴⁹

48 "Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, tercera edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1989.

49 *Idem*.

Ya sabemos que la patria potestad está integrada por un conjunto de derechos y deberes que le corresponden a los padres en relación a los hijos. Entre estos derechos y deberes se encuentra la guarda, ya que la guarda del menor es un requisito indispensable para lograr la vigilancia y cuidado del menor y así cumplir satisfactoriamente con el deber de educación que ya estudiamos con anterioridad.

Con esto podemos definir la primera diferencia entre la patria potestad y la guarda o custodia. Nos referimos a lo siguiente; la guarda del menor es únicamente una parte integrante de la patria potestad (o de la tutela en caso de que el menor esté sujeto a ella).

De aquí podemos deducir que también existe una semejanza entre la patria potestad y la custodia que es el hecho de que en el ejercicio de ambas, se deben vigilar el cuidado y el bienestar del menor.

Otro aspecto muy importante de la custodia, es el hecho de que ésta implica el tener al menor viviendo en el mismo techo. No se podría cuidar al menor si no es cohabitando con él, pero hay ocasiones en que ambos padres ejercen la patria potestad estando separados o divorciados y esto implica otra problemática que veremos a continuación.

Cuando se trata de un hijo de padres divorciados, pueden presentarse dos situaciones. La primera de ellas es, que ambos padres continúen en el ejercicio de la patria potestad, pero en este caso, sólo uno de ellos podrá tener al menor bajo su custodia y cuidado. El segundo de los supuestos es que al momento de

divorciarse los padres uno de ellos pierda, tanto la patria potestad que ejerce sobre el menor, como la guarda o custodia.

De lo anterior podemos deducir que se puede tener la guarda y la patria potestad del menor, pero no se puede tener la guarda de éste sin tener la patria potestad, ya que la primera se deriva de la segunda.

El hecho de que el hijo de padres divorciados esté sujeto a la potestad de ambos, trae como consecuencia algunos problemas que trataremos en nuestro próximo capítulo.

La custodia de los menores no sólo supone la tenencia de éstos, sino que implica un deber de convivencia entre las partes. Con esto nos referimos al aspecto afectivo que se requiere para sostener una convivencia adecuada.

Hemos repetido que la guarda la ejercen los que tienen a los hijos bajo su patria potestad (en caso de que los padres vivan juntos). Cabe destacar que los menores que no están bajo la patria potestad de sus padres por haber fallecido éstos, o estar desaparecidos, pero tampoco sobrevive algún ascendiente de los que legalmente pudieran ejercerla, estarán bajo la guarda de los tutores, quienes tendrán las mismas obligaciones que los padres.

En conclusión, "en el marco de la patria potestad, la guarda es el derecho-deber de los padres de convivencia con sus hijos, que posibilita el cumplimiento de las restantes funciones paternas de educación y asistencia material y espiritual".

Para finalizar este punto, la guarda o custodia del menor se acaban cuando:

- 1.- Por la muerte del que está sometido a ella.
- 2.- Cuando el menor cumpla la mayoría de edad o se emancipe.
- 3.- Por resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.

c) Análisis del artículo 413 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Para recordar el artículo 413, el mismo establece:

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal."

En nuestra opinión, el artículo citado es un poco confuso, ya que en principio señala que la institución se ejerce sobre la persona del menor y sobre sus bienes, como ya lo estudiamos. Posteriormente cita la guarda y custodia de los menores. Estos dos puntos van relacionados el uno con el otro, pero lo que hemos observado en el final del párrafo es que citan que el ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que impriman las resoluciones dictadas por el orden penal.

Por lo señalado en el párrafo anterior, es necesario comentar que el artículo 413 está incluyendo al mismo tiempo la materia civil y el Derecho Penal, lo cual

nos parece absurdo. Por lo tanto consideramos que no tiene objeto el señalamiento en este artículo lo relativo a la delincuencia infantil, en virtud de que ésta corresponde al Derecho Penal. Lo que es importante destacar es la relación que existe entre el artículo 413 y los artículos 1919, 1920 y 1922 del mismo ordenamiento, en cuanto a lo que se refiere a la guarda o custodia de los menores. "Estas normas señalan la responsabilidad de quienes la ejercen, por el hecho ilícito cometido por los menores y su obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados".⁵⁰ Para entender lo anterior, analizaremos los artículos 1919, 1920 y 1922 del Código Civil vigente.

Artículo 1919 (Código Civil).- "Los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su poder y que habiten con ellos".

Este artículo tiene una gran relación con los derechos y obligaciones que estudiamos en cuanto a la patria potestad. Por lo que se refiere a la obligación de cuidar a los hijos, es indispensable la vigilancia de la conducta de éstos. Esto significa que los que ejercen la patria potestad no sólo tienen la obligación de vigilar, educar y cuidar a sus hijos sino que también están obligados a responder por los daños que estos ocasionen a terceras personas por lo que además tienen el deber de hacer lo indispensable para evitar que los menores cometan algún ilícito.

Si los menores de edad no habitaran en la casa de los padres, esto sería un tanto difícil. Debe advertirse que la responsabilidad de los ascendientes que se

⁵⁰ Código Civil comentado para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Libro primero. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2a. edición.

encuentren en ejercicio de la patria potestad, por los daños causados por los hijos sujetos a ella, es exigible siempre que el daño haya sido causado por un hecho doloso o culposo del menor.

Como sabemos, toda regla tiene una excepción; en este caso también existe una excepción en cuanto a la responsabilidad que tienen los padres como se establece en el artículo 920 del Código Civil.

Artículo 1920.- "Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras persona, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata".

Este artículo únicamente viene a reafirmar que para responsabilizar a los ejercitores de la patria potestad por los actos cometidos por sus hijos (o nietos en su caso), es requisito indispensable que los menores se encuentren bajo la guarda de ellos y que se haya causado un daño.

El artículo 1921 establece que lo señalado por los artículos 1919 y 1920 es también aplicable a la tutela.

Otra excepción que establece nuestro Código Civil en cuanto a la responsabilidad de los padres y tutores se refleja en el artículo 1922.

Artículo 1922.- "Ni los padres ni los tutores tienen la obligación de responder por los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y

vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados".

"De este artículo aparece que el Código Civil presume que los padres o tutores dan la debida vigilancia sobre la conducta de sus hijos o pupilos cuando éstos han causado daño y que contra esta presunción procede como única excusa absoluta, la prueba de la imposibilidad de evitar ese daño; es decir, tendrán que probar que a pesar de que han ejercido una cuidadosa vigilancia sobre el menor, se produjo un daño". ⁵¹

CAPITULO CUARTO

NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA PATRIA POTESTAD DE ACUERDO A LOS NUEVOS CONCEPTOS DEL DERECHO DE FAMILIA, EN PROTECCION Y BENEFICIO DEL MENOR

A) Conveniencia de establecer por mandato legal, que la patria potestad la ejerza la persona que tenga la guarda o custodia del menor.

Ya analizamos durante el presente estudio que la titularidad de la patria potestad les corresponde en primer lugar a los padres, y en segundo lugar a los abuelos, ya sean paternos o maternos, dependiendo de lo que el Juez de lo Familiar del lugar decida, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso.

Puede suceder que la persona que está legalmente obligada a ejercer la patria potestad sobre los menores, no esté ejerciendo la guarda de los mismos, por diversos motivos como lo explicaremos detalladamente a lo largo de este capítulo.

Nuestra legislación no establece los casos en particular referentes a los hijos cuya custodia la ejerce una sola persona. Únicamente los menciona de manera general. Es importante determinar lo que sucede con esos menores ya que su cuidado y educación son muy importantes.

Un menor de edad puede ser hijo de padres separados o divorciados, como también puede haber nacido fuera del matrimonio y aún más, puede ser que sus padres hayan fallecido o que estén desaparecidos.

Para resolver lo relativo a la patria potestad de los menores que se ubican en las anteriores hipótesis, es necesario pasar por largos y complicados juicios, los cuales considero que podrían simplificarse insertando algunos

artículos a nuestro Código Civil vigente, que determinen con claridad meridiana sobre quienes específicamente recaerá ese derecho. Obligación que a mi juicio, deberá otorgárseles siguiendo las reglas del parentesco que determina el legislador, osea preferir siempre a los parientes más cercanos salvo, por su puesto que exista una persona más idónea para ese cargo fuera de dicha regla.

En este primer inciso nos referimos de manera general al establecimiento por mandato legal, de que la patria potestad sea ejercida por aquellas personas que tengan a los menores bajo su custodia y cuidado, ya que son ellas las que están directamente involucradas con los intereses del menor y están mejor enteradas de lo que acontece en sus vidas.

Como ya lo mencionamos, pueden presentarse diferentes situaciones, mismas que veremos a continuación.

B) Tratándose de hijos fuera de matrimonio, que la patria potestad recaiga sobre quien tenga la guarda o custodia.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden estar bajo la guarda de uno o de ambos. Al respecto podemos establecer lo siguiente:

1º Los padres, a pesar de no estar casados, pueden vivir juntos y hasta llegar a vivir en concubinato si cumplen con los requisitos que ya estudiamos acerca de esta última hipótesis. En este caso la patria potestad la ejercen

ambos padres de acuerdo a lo establecido por el artículo 415 de nuestro Código Civil vigente (ver capítulo tercero).

2º Un segundo supuesto es aquel en el que los hijos nacidos fuera del matrimonio vivan con uno de los padres, cuando éstos están separados. Es obvio que en este caso la guarda recae en uno de los padres, a pesar de que ambos pueden conservar la patria potestad. Para ello es indispensable que ambos hayan reconocido a los hijos. Cabe aclarar que el hecho de que un padre vea a sus hijos con regularidad no significa que tenga la custodia del mismo, aún cuando lo lleve a dormir a su casa los fines de semana o en las vacaciones.

Para señalar un ejemplo de lo anterior, vamos a suponer que el hijo vive con la madre y es ella quien lo cuida, lo atiende, le da de comer, lo viste y lo reprime cuando es necesario. En caso de que el padre haya reconocido al hijo, tendrá también la patria potestad sobre el mismo, pero en algunas ocasiones puede llegar a ser un problema.

Al tener el padre la patria potestad, le incumbe todo lo concerniente al menor y está facultado para intervenir en todos los asuntos que tengan que ver con su hijo. Si lo analizamos así de sencillo, no se percibe problema alguno, pero imaginemos que el padre es una persona difícil de localizar; esto puede causar conflictos en caso de presentarse alguna emergencia. Por esta razón consideramos que es importante insertar un artículo en el Código Civil, con el que se eviten problemas de esa naturaleza. Respecto a lo anterior, lo único que establece nuestro Código es:

Artículo 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyese más conveniente a los intereses el menor".

El artículo transcrito sólo establece lo referente a la guarda del menor, pero no en cuanto a la patria potestad, por lo que se entiende que la ejercen ambos.

El artículo 381 por su parte establece:

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyese necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

En conclusión, nuestra idea es que se establezca un artículo dentro del Código Civil, específicamente en el Capítulo Primero del Título Octavo del Libro Primero que establezca lo siguiente:

"En caso de hijos nacidos fuera de matrimonio de padres que no vivan juntos, la patria potestad se ejercerá por la persona que tenga la guarda o custodia de los mismos".

De esa forma quedaría descrito específicamente lo relacionado a estos menores.

C) En cuanto a los hijos de padres divorciados o separados, ya sea de hecho o de derecho, que la patria potestad recaiga sobre quien los tenga bajo su custodia.

De acuerdo a lo anterior, nos encontramos ante dos situaciones no muy diferentes entre sí.

1º En primer lugar tenemos a los hijos de padres separados. En este caso se pueden presentar dos circunstancias: una de ellas es que los padres estén separados de hecho. Esto significa que se han separado sin previa demanda judicial, en cuyo caso los hijos que se han procreado se han ido a vivir con uno o con otro.

Otro de los supuestos es la separación de derecho. Esto quiere decir que existe una demanda judicial entablada por uno de los padres. La separación de derecho se prevé en el artículo 275 de nuestro Código Civil que a la letra establece:

"Mientras se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para

asegurar la asistencia de los hijos, a quienes hay la obligación de dar alimentos".

En este caso no se establece con exactitud quién ejercerá la patria potestad sobre los menores, pero se entiende que la continuarán ejerciendo ambos padres.

2º En segundo lugar tenemos a los hijos de padres divorciados, para lo cual del Código Civil ha establecido que:

Artículo 283.- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

En el caso anterior solamente se establece que al juez se le otorgan amplias facultades para resolver todo lo concerniente a los hijos y a la patria potestad, pero no se especifica quién la va a ejercer. En los casos de divorcio, algunas veces se decreta la pérdida de la patria potestad para el que haya dado motivo para el divorcio, pero esto no sucede siempre. En otras ocasiones, cuando el divorcio es voluntario, es común que ambos padres continúen en el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a las legislaciones extranjeras y tomando como modelo la legislación argentina, queremos hacer una propuesta de un artículo que bien podría ser insertado en nuestro Código Civil de la siguiente forma:

Artículo 264 del Código Civil para la República de Argentina:

"La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Su ejercicio corresponde:

1° En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quater, o cuando mediare expresa oposición.

2° En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación..."

El artículo transcrito con anterioridad establece de una manera específica lo concerniente a los hijos de padres divorciados o separados, lo cual nos parece importante destacar, ya que nuestro Código no lo contempla.

Es importante destacar que el propósito de nuestra idea es que la persona que tome las decisiones para los hijos sea aquella que tenga una cercana relación con el menor y no se tomen por un padre o por una madre que apenas conoce a su hijo.

D) Buscando la protección de los menores, es importante que se introduzca en la legislación, la renuncia voluntaria al ejercicio de los derechos que confiere la patria potestad, por el padre que muestre nulo interés por los menores y así lo exprese.

Este punto relativo a la posibilidad de renunciar a los derechos que confiere la patria potestad por parte de los padres que muestren nulo interés por los menores es un tema de mucha controversia, dadas las consecuencias que se producirían.

En nuestra opinión es importante que se introduzca el espíritu protector del legislador plasmado en el derecho argentino a nuestro Código Civil, debido a diversas razones que explicaremos con posterioridad.

Una de las características de la institución de la patria potestad es que es irrenunciable, porque es de orden público y como sociedad nos interesa a todos que los menores estén protegidos.

Por su parte, nuestro legislador en el artículo 6° del Código Civil también es altamente protector del individuo que pudiese en un momento dado encontrarse en desventaja con las personas que lo rodean o de quien depende

moral y económicamente, y en el caso que nos ocupa es aplicable a nuestro tema de la patria potestad y así tenemos que dicho precepto legal establece:

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

Los tratadistas en general, opinan que al establecerse que la patria potestad sea irrenunciable, protegen a los menores. Piensan que si la patria potestad fuera renunciable, habría más niños abandonados por sus padres, lo cual hasta cierto punto es verdad. Pero, el hecho de que los **derechos** que confiere la patria potestad no sean renunciables puede ser también perjudicial para el menor, por las razones que vamos a explicar.

En diversas ocasiones, y a pesar de lo que la ley establece, muchos padres tienen hijos y se separan o se divorcian; los hijos entonces se convierten en el centro de los problemas entre los padres. Con esto queremos decir que los padres en algunas ocasiones dejan de ser objetivos y no piensan en el bienestar de sus hijos, por el contrario, hacen o dejan de hacer algo por el simple hecho de perjudicar a su ex-pareja.

Nuestra legislación establece los medios para poder denunciar al padre que cometa ciertos actos que pudieran perjudicar al menor, e incluso establece los medios para demandar la pérdida o suspensión de la misma, lo cual nos parece adecuado, pero todos los abogados o litigantes sabemos lo largo y conflictivo que puede llegar a ser un asunto de pérdida de patria potestad, sin

mencionar que son las controversias de orden familiar más difíciles de ganar por lo delicado de los asuntos, además siempre se trata de beneficiar a los menores.

Por otra parte y a pesar de lo anterior, existen infinidad de hijos sin padre o madre, e hijos abandonados por uno de sus padres, o bien por ambos. El caso es que las leyes no son del todo la única forma de evitar que existan más niños sin padres, como se puede observar a simple vista. Lo importante del asunto es que toda persona que quiere abandonar un hijo, está en posibilidad de hacerlo solamente desapareciendo y olvidando sus obligaciones como padre o madre, según sea el caso.

Asimismo, pensamos que no es justo que los derechos que confiere la patria potestad los goce una persona que no muestre interés por los menores de edad. La madre o el padre que deben tener los derechos que esta institución confiere, es aquél o aquella que cuiden de los hijos, que se preocupen por su bienestar, que trabajen por darles una buena educación y por alimentarlos; en conclusión, la persona que cumpla satisfactoriamente con todas las obligaciones inherentes a la patria potestad, es aquella que debiera tener todos los derechos de la misma. En realidad, sabemos que esto no siempre es así. Hay ocasiones en que uno de los padres desaparece por algún tiempo sin preocuparse de sus hijos, dejando toda la responsabilidad y carga a la otra persona y cualquier día regresa exigiendo sus derechos como padre o madre.

Lo que nosotros proponemos es lo siguiente: si un padre u una madre separados de su pareja están pensando en ausentarse o van a ir a algún lugar en el que sea difícil localizarlos o aún peor, si están pensando en desligarse de sus hijos y de todas las obligaciones que se derivan de la patria potestad, ¿porqué no permitirle a la otra parte (su cónyuge) el evitarse un juicio largo y conflictivo tanto para ella como para los hijos, dándole la oportunidad de renunciar a los derechos que confiere la patria potestad al padre o a la madre, que de cualquier forma van a dejar de cumplir con sus obligaciones como padres?

E) Adecuación al Código Civil de un capítulo especial que regule el ejercicio de la patria potestad, cuando tal ejercicio corresponda a menores de edad, ya sea solteros o emancipados.

En el Código Civil para el Distrito Federal se establece que las personas que pueden ejercer la patria potestad, son los padres en primer lugar y los abuelos, en segundo. Lo cual nos parece adecuado; sin embargo no se menciona en ningún momento lo relativo al ejercicio de la patria potestad cuando se trata de hijos menores de edad.

Consideramos que éste es un tema demasiado importante debido a que esta situación se presenta hoy en día con bastante frecuencia, por lo que se requiere de una regulación adecuada dentro de nuestra legislación, como lo detallaremos a continuación.

Por lo general, la patria potestad la ejercen ambos padres conjuntamente, o bien uno solo, por diversas circunstancias que ya hemos explicado en

capítulos anteriores. En ningún artículo se señala que para poder ejercer la patria potestad sea requisito tener la mayoría de edad y por lógica jurídica, sabemos que lo que no está prohibido, está permitido.

Si nos detenemos a analizar lo anterior, nos haríamos la siguiente pregunta: ¿Tendrá un menor de edad las facultades físicas y mentales para ejercer la patria potestad? Posiblemente una persona de 17 años lo logre satisfactoriamente, pero alguien de 14 o 15 años de edad es aún inexperto e inmaduro para dar una buena educación a uno o más hijos.

Haciendo una comparación de nuestro Código Civil con algunos códigos extranjeros, encontramos que la legislación española en su artículo 157 del Código Civil, se establece que:

Artículo 157.- "El menor de edad no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez".

El siguiente artículo establece:

Artículo 158.- "El Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º Las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2° Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3° En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarlo perjuicios".

Por otra parte, el Código Civil argentino en su artículo 264 (bis) establece lo siguiente:

"Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, los hijos menores estarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extra matrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aún cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad".

Nos encontramos aquí ante dos dispositivos diversos. Como podemos observar el Código Civil de España regula la patria potestad de una forma un tanto liberal, a diferencia de los argentinos. En la legislación española nos encontramos con la posibilidad de que un menor de edad no emancipado pueda ejercer la patria potestad sobre sus hijos, con el requisito de que lo haga con la asistencia de sus padres o tutores.

A *contrario sensu* , tenemos la legislación argentina, la cual impide a los incapaces (en los que se encuentran incluidos los menores no emancipados)

ejercer la patria potestad sobre sus hijos, sometiéndolo al hijo nacido a la tutela de quien ejerza la patria potestad sobre aquél.

Por mi parte, pensamos que el ejercicio de la patria potestad no puede admitirse en el caso de menores de edad no emancipados, debido a que un menor muestra cierta inexperiencia y requiere de asistencia y representación por parte de personas con experiencia como consecuencia de su estado de minoría de edad. Por tal motivo, en el caso de menores no emancipados, nos inclinamos a aceptar lo dispuesto en la legislación argentina.

En el caso de los hijos nacidos de padres emancipados por el matrimonio, consideramos que la posibilidad de ejercer la patria potestad es admisible, debido a que el matrimonio otorga a los menores de edad una cierta experiencia y madurez en la vida.

Para concluir, nuestra propuesta es que se adecue al Código Civil un capítulo especial que regule el ejercicio de la patria potestad cuando tal ejercicio corresponda a menores de edad, ya sea solteros o emancipados.

CONCLUSIONES

Del análisis de la patria potestad hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Primera.- La patria potestad es una institución del Derecho de Familia que otorga deberes y derechos recíprocos entre las partes y tiene como primordial finalidad la de lograr una adecuada relación entre las personas que la ejercen y aquéllas que se encuentran sometidas a la misma. Es por lo tanto, una función impuesta por el Derecho a los padres de hijos menores de edad, con el fin de proteger y defender la formación integral de éstos.

Segunda.- Entre las instituciones del Derecho de Familia desarrolladas a lo largo de esta tesis, consideramos que el matrimonio es una de las más importantes, ya que generalmente de éste surgen los hijos.

El matrimonio es la base de una familia, aunque ha dejado de ser el supuesto necesario para regular las relaciones de la paternidad, la maternidad y la patria potestad, ya que tanto los hijos legítimos como los naturales resultan iguales para el efecto de ser protegidos por la ley.

Por otra parte, también consideramos a la adopción de suma importancia para nuestro estudio al igual que el parentesco, ya que aquélla constituye una de las fuentes constitutivas de la familia.

Por lo que corresponde a la filiación, consideramos que su importancia reside en que comprende todas las relaciones jurídicas familiares en las que intervienen los padres como sujetos respecto de los hijos y viceversa; o bien, la filiación se refiere al conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

La tutela, tiene una gran relevancia para nosotros, ya que su objetivo es la guarda de la persona y bienes de aquéllos que no están sujetos a la patria

potestad, pero tienen incapacidad natural o legal, o ambas para gobernarse a sí mismos.

Por último tenemos el concubinato. Su importancia para nuestro análisis radica en que los hijos son uno de los supuestos que deben darse para la existencia del mismo. Visto de otro modo, el concubinato no existe si no se cumplen algunos supuestos como son: haber procreado hijos o bien convivido cinco años la pareja, tener un sólo concubinario o concubina y estar libres de matrimonio.

Tercera.- A lo largo de nuestra investigación y derivado de los antecedentes estudiados, llegamos a la conclusión de que la institución materia del presente análisis ha sufrido diversas modificaciones; en particular, pudimos deducir que en un principio la patria potestad concedía mayores beneficios a los padres que a los hijos; en la actualidad, se trata de un conjunto de derechos y deberes recíprocos, lo cual implica necesariamente que los menores están más protegidos ahora en nuestro Derecho que antiguamente.

Cuarta.- Continuando con el análisis de la patria potestad, se llegó a la conclusión de que los menores están sujetos a la misma siempre que exista alguna de las personas que, conforme a Derecho, esté facultada para ejercerla y únicamente pueden tener la patria potestad sobre los menores, los padres en primer lugar y a falta de éstos, los abuelos, ya sean paternos o maternos; esto último lo determinará el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso.

Quinta.- Como ya explicamos anteriormente, la patria potestad origina ciertos deberes que deben cumplirse, según nuestra legislación, los padres y los menores sujetos a la misma. Cada uno de esos deberes implica necesariamente un derecho para la otra parte y viceversa. Entre los derechos conferidos en nuestra legislación para los padres, se encuentran los siguientes:

- A.- Derecho a ser honrados y respetados por sus hijos;
- B.- Derecho a que sus hijos permanezcan en su domicilio;
- C.- Facultad para corregir a sus hijos;
- D.- Derecho a representar a los menores en juicio;
- E.- Derecho a administrar los bienes de los menores;
- F.- Derecho a ejercer la patria potestad conjuntamente;
- G.- Derecho a excusarse del ejercicio de ésta.

Los derechos citados anteriormente en relación a los padres implican, necesariamente, una obligación para los hijos. Entre los derechos que confiere la ley a los hijos, se encuentran los siguientes:

- A.- Derecho a recibir una educación adecuada;
- B.- Derecho a recibir alimentos adecuados;
- C.- Derecho a que sus padres cuiden sus intereses al representarlos en juicio;
- D.- Derecho a no ser maltratados.

Como se puede deducir del párrafo anterior, las obligaciones conferidas a los hijos constituyen una obligación para los padres.

Sexta.- La institución de la patria potestad consiste en un ejercicio temporal, ya que por diversas circunstancias ésta puede acabarse, suspenderse o bien puede perderse, cuando aquéllos que la ejercen incurren en alguno de los supuestos previstos en el Código Civil.

Séptima.- En cuanto a las diferencias entre la patria potestad y la guarda o custodia, llegamos a la conclusión de que la guarda (o custodia) del menor es únicamente una parte integrante de la patria potestad o de la tutela.

Una de las semejanzas encontradas entre la patria potestad y la guarda o custodia, consiste en que la persona que posee la guarda del menor, tiene que tenerlo viviendo bajo el mismo techo y, en cambio, la patria potestad la puede ejercer el padre o la madre sin la necesidad de vivir o cohabitar con el hijo.

Octava.- Por las razones expuestas a lo largo de nuestra investigación, se llegó a la conclusión de que en busca de la protección y bienestar de los menores, se introduzca dentro de nuestra legislación la renuncia voluntaria a los derechos que confiere la patria potestad, ya que consideramos que esto beneficiaría a los menores debido a que la persona que renuncie a los mismos deja de ser un obstáculo en las decisiones que pudieran favorecer al menor en lo futuro. Por esta razón, planteamos que la renuncia sea en cuanto a derechos más no a obligaciones.

Novena.- Debido a que, en nuestra legislación no se contempla expresamente capítulo o artículo alguno que regule la patria potestad ejercida por menores de edad no emancipados, se sugiere la necesidad de contemplar ese supuesto.

Décima.- Se sugiere también que, tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio la patria potestad se ejerza por aquella persona que tenga a los menores bajo su custodia, ya que es ésta quien está directamente involucrada con los intereses del menor, debido a que la convivencia diaria hace necesariamente que las personas vigilen y cuiden de una mejor manera a las personas, que aquéllas que únicamente conviven los fines de semana.

Decimoprimera.- Por último, se concluye también que es necesario contemplar dentro de nuestra legislación que, en caso de separación o divorcio de los padres, la patria potestad la ejerza la persona que tenga la custodia del menor, sin perjuicio de que el otro padre pueda continuar viendo a sus hijos los días en que lo establezcan de común acuerdo los padres.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa. S.A. Segunda edición. México, 1992.
- 2.- PLANIOL MARCEL Y RIPERT. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomos I, II, 1, 2. Ed. Cajica, S.A. México, 1984.
- 3.- BELLUSCIO AUGUSTO CESAR. "Derecho de Familia". Ed. de Palma. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 4.- ZANNONI EDUARDO A. "Derecho Civil. Derecho de Familia". Ed. Astrea. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- 5.- D'ANTONIO DANIEL HUGO. "Patria Potestad". Ed. Astrea. Primera edición. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 6.- MONTERO DUHALT SARA. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa, S.A. Primera edición, México, 1992.
- 7.- BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA. "Derecho de Familia y Sucesiones". Ed. Harla. México.
- 8.- CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. "Convenios Conyugales y Familiares". Ed. Porrúa, S.A. México, 1991.

- 9.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. "Derecho Civil". Ed. Porrúa, S.A. Décimo segunda edición. México, 1992.
- 10.- PETIT EUGENE. "Derecho Romano". Ed. Porrúa, S.A. Novena edición. México, 1992.
- 11.- IGLESIAS JUAN. "Derecho Romano. Historia e Instituciones". Ed. Ariel. Undécima edición. Barcelona, España, 1993.
- 12.- GÜITRON FUENTEVILLA JULIAN. "Derecho Familiar". Ed. UNACH. Segunda edición. México, 1988.
- 13.- SANCHEZ MEDAL RAMON. "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México". Ed. Porrúa, S.A. Segunda edición. México, 1991.
- 14.- DE COSSIO Y CORRAL ALFONSO. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. Ed. Civitas, S.A. Primera edición. Madrid, 1988.
- 15.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia". Tomo II, Ed. Porrúa, S.A. Séptima edición. México, 1987.
- 16.- GUSTAVINO ELIAS P. "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia". Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. Segunda edición. Argentina, 1989.
- 17.- GUGLIEMI ENRIQUE A. "Instituciones de Derecho Civil". Ed. Universidad. Buenos Aires, 1980.

- 18.- LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ. "El Derecho Precolonial". Ed. Porrúa S.A., 4ª edición. México, 1981.
- 19.- DE PINA RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Vol I, 16ª edición. Ed. Porrúa, S.A.
- 20.- DE IBAROLA ANTONIO. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa S.A., 4ª edición. México, 1993.
- 21.- RUIZ SERRAMALERA RICARDO. "Derecho Civil. Derecho de Familia". Ed. Realigraf S.A. Madrid 1980.
- 22.- CICU ANTONIO. "El Derecho de Familia". Anon Editores. Buenos Aires, 1947.
- 23.- MARGADANT S. FLORIS GUILLERMO. "La Investigación Actual del Derecho Novohispano". Revista de la Escuela de Derecho de Durango, no. 4. Julio-Diciembre, 1976. Durango, México.
- 24.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa, S.A.. 61ª edición. México, 1993.
- 25.- CODIGO CIVIL DE ESPAÑA. Ed. Tecnos S.A. 11ª edición. Madrid, 1992.
- 26.- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA. Ed. Abeledo-Perrot. 32ª edición. Buenos Aires, 1993.

27.- CODIGO CIVIL COMENTADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. Libro Primero. De las personas. T.I., 2ª edición, México, 1990. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

28.- CODIGO CIVIL DE 1870 PARA EL D.F. Y EL EDO. DE BAJA CALIFORNIA.

29.- CODIGO CIVIL DE 1884 PARA EL D.F.

30.-DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 2ª edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1988.

31.- LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 3ª edición. Ed. Delma, S.A., de C.V. México, 1993.

32.- ENCICLOPEDIA DE DERECHO FAMILIAR. T. I, II. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1992.

33.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T., I., XXV. Ed. Driskill S.A., Buenos Aires, 1990.