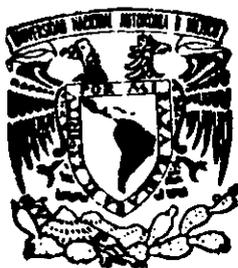


352
2 ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

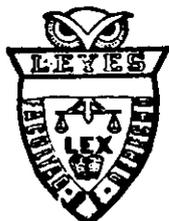
FACULTAD DE DERECHO

**CONVENIENCIA DE REFORMAR EL ARTICULO 414
DEL CODIGO CIVIL A FIN DE HACERLO
CONCORDANTE CON EL ARTICULO 418 DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIO HERNANDEZ JIMENEZ**

ASESOR DE TESIS: LIC. BERNABE MORALES HENESTROSA



MEXICO, D. F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

269095



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A LA U.N.A.M.:
POR LAS INFINITAS OPORTUNIDADES
QUE NOS BRINDA A TODOS LOS ESTU-
DIANTES QUE INGRESAN A ELLA.

**CON CARÍÑO Y ADMIRACION A MI
MADRE:**
MERCEDES JIMENEZ BERNAL.
QUIEN ME DIO LA VIDA Y DE LA
CUAL HOY ME SIENTO ORGULLOSO.

**A LA MEMORIA Y RECUERDO DE MI
PADRE:**
RAUL HERNANDEZ IBAÑEZ.
QUIEN YA NO SE ENCUENTRA PRESEN-
TE EN ESTE MUNDO, PERO QUE MAS -
SIN EMBARGO, VIVE EN MI CORAZON.

A MIS HERMANOS:
EN ESPECIAL A:
ADELA HERNANDEZ JIMENEZ.
SIN CUYO APOYO, NO HUBIERA
SIDO POSIBLE LOGRAR MI OBJE-
TIVO.

A MI ESPOSA:
TERESA PEDRO PEREZ.
MI COMPAÑERA DE GRAN PARTE
DE MI VIDA Y QUE HOY ES MI APO-
YO MORAL Y ESPIRITUAL.

A MIS HIJOS:

RAUL, AURORA Y MARCO ANTONIO.
CON CARIÑO Y AMOR.

**AL LIC. BERNABE MORALES HENES-
TROSA.**

PERSONA DE GRAN CALIDAD HUMANA,
Y A QUIEN LE QUEDARE ETERNAMENTE
AGRADECIDO.

AL DR. IVAN LAGUNES PEREZ.
POR SU APOYO Y COMPRESION.

**CONVENIENCIA DE REFORMAR EL ARTICULO 414 DEL
CODIGO CIVIL A FIN DE HACERLO CONCORDANTE
CON EL ARTICULO 418 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

CAPITULO I.

LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

- I. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.**
- II. REGIMEN LEGAL DE LOS TITULARES.**
- III. CONFUSION DERIVADA DEL EJERCICIO SIMULTANEO.**
- IV. LAS FUNCIONES CORRELATIVAS.**

CAPITULO II.

**SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO
DE LA PATRIA POTESTAD POR SUS TITULARES.**

- I. EN EL MATRIMONIO.**
- II. EN EL CONCUBINATO.**

CAPITULO III.

EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS Y DE LOS NIETOS.

- I. CONFORME A LA DOCTRINA.**
- II. JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS RELACIONADAS.**
- III. LA CONFUSA INTERPRETACION DE NUESTRA LEGISLACION AL RESPECTO.**

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 414 FRENTE AL ARTICULO 418 DEL CODIGO CIVIL.

- I. EXPOSICION DE LOS MOTIVOS QUE FUNDAN LA CONVENIENCIA DE LA
REFORMA PROPUESTA.**
- II. TEXTO DE LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SE PROPONIAN.**

CONCLUSIONES.

APENDICE.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

La base de nuestro estudio radica en la confusa interpretación que se ha dado sobre el ejercicio de la patria potestad por los ascendientes sobre los hijos o sobre los nietos en su caso, a través de la historia y aún en nuestra legislación contemporánea.

Aunque pudiera parecer que el problema ya está resuelto, la confusa interpretación de nuestro Código Civil y muy en particular de los **artículos 414 y 418**, es la que nos obliga a realizar este estudio, con la finalidad de que sean tomadas en cuenta estas modestas opiniones y así colaborar de forma indirecta a que se reforme o en su caso se derogue el **artículo 414** del Código Civil, ya que como veremos en el contenido de este estudio, de seguir así dicho artículo seguirá esa confusa interpretación respecto a quien de los ascendientes ejercerá la Patria Potestad sobre los hijos o en caso de que los progenitores falten, si será en el orden que marca el citado **artículo 414** - que nos parece un tanto anticuado y discriminatorio- o en su caso y para su ejercicio sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, como lo marca el **artículo 418** ambos del Código Civil vigente.

Desde luego que para nosotros resulta más congruente y eficaz, aplicar también lo dispuesto por el **artículo 418** del Código Civil vigente a los hijos nacidos de matrimonio, aunque esto se analizará con más detalle en los siguientes párrafos de este trabajo.

Ahora bien, se hace necesario hacer del conocimiento del lector, que este estudio está compuesto por cuatro capítulos dedicados en su mayor parte al estudio de lo que fué y ha sido el ejercicio de la Patria Potestad en el devenir histórico, sin dejar a un lado el punto principal de nuestro estudio que es esa *Interpretación Confusa* de los **artículos 414 y 418** del Código Civil Vigente.

En el **Capítulo I** se estudian los antecedentes históricos de lo que ha sido la Patria Potestad en otras sociedades y en la nuestra. Esto con el fin de brindar un mejor panorama al lector y así introducirlo al tema con mejores elementos de crítica.

A continuación se hace una semblanza del *Régimen Legal de los Titulares, de la Confusión Derivada del Ejercicio Simultáneo y de las Funciones Correlativas*, para una mejor comprensión del trabajo aquí realizado.

El **Capítulo II** comprende el estudio de las *Similitudes y Diferencias en el Ejercicio de la Patria Potestad por sus Titulares*, haciendo una breve pero necesaria reseña de lo que ha sido y lo que significa en la actualidad la palabra *matrimonio*, tratando en la medida de lo posible sólo abarcar lo necesario para el tema que nos ocupa. Se dan los pormenores también y se analiza aunque de manera muy somera lo que significaba en la antigüedad y lo que entendemos ahora por *concubinato*, sólo en cuanto es necesario para nuestro estudio.

En el **Capítulo III** estudiamos los *Efectos del Ejercicio de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos y de los Nietos; Conforme a la Doctrina*, mencionando en este rubro a algunos tratadistas de renombre. Se transcribe a su vez la *Jurisprudencia y las diferentes Ejecutorias Relacionadas*,

con la finalidad de darle un sentido práctico al trabajo realizado, terminando con el punto III que se refiere a la *Confusa Interpretación de Nuestra Legislación*, haciendo hincapié en este punto de la interpretación que se le da a los artículos **414** y **418** del Código Civil vigente.

Para finalizar este estudio se hace una breve exposición de los motivos que dieron origen para la elaboración de este trabajo, con la única finalidad de que la Ley sea menos discriminatoria en lo que se refiere al ejercicio de la Patria Potestad por los ascendientes maternos en caso de que llegaran a faltar los padres.

Por último, damos nuestro muy particular punto de vista, dejando con ello precedente, y pueda concordarse el artículo 414 con el 418, o en su caso derogarse el artículo 414 del Código Civil vigente, por lo que en la parte final proponemos un texto de como deberán quedar dichas disposiciones, en caso de que no se derogue el repetido artículo 414 del Código citado.

CAPITULO I

I CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad viene del latín *PATRIUS, A, UM*, lo relativo al padre, y *POTESTAS*, potestad.¹

Pero antes de poder dar un concepto de la Patria Potestad, se hace necesaria una breve referencia histórica desde sus orígenes. Así encontramos que la institución de la Patria Potestad se origino en el Derecho Romano, en donde dicha potestad era ejercida por el jefe de familia, en este caso era el varón de más avanzada edad, sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil a los cuales se les denominaba *FILIUS FAMILIAS* y *FILLAS FAMILIAS*. La esencia de este poder del padre de familia, se manifiesta tanto en las relaciones personales, como en las patrimoniales. Pertenece siempre al jefe del grupo, que no siempre es el padre, dado que cede frente a la autoridad del abuelo paterno; la madre nunca puede ejercer la Patria Potestad².

Durante su primera etapa el jefe de la familia tiene sobre los hijos derecho de vida y muerte, es así como se confería derechos absolutos y estrictos al jefe de familia sobre la persona y bienes de los hijos, muy parecidos a los que ejercía sobre los propios esclavos, es decir, también podía manciparlos a un tercero o abandonarlos.

¹ De Ibarrola, Antonio, *Derechos de Familia*, 2a. Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 415.

² Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, *Opci-Peni*, Ed. Driß Kill, S.A., pág. 795.

Así las cosas podemos decir que las características de la Patria Potestad Romana eran las siguientes:

- a) Era una institución de derecho civil.
- b) Correspondía al ascendiente varón de mayor edad ejercer la Patria Potestad sobre los hijos, nietos, bisnietos, etc.
- c) La mujer en ningún caso podía ejercer la Patria Potestad.
- d) La Patria Potestad era perpetua ya que no terminaba con la mayoría de edad.
- e) Era un poder que se ejercía por un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.
- f) Era una potestad que otorgaba derechos a su titular sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella.

Hacia el fin del siglo II de nuestra era dicha facultad se redujo a un simple derecho de corrección, pudiendo el padre castigar las faltas leves, ya que las que acarrea la pena de muerte debían ser denunciadas ante el magistrado, único encargado de aplicarla³.

³ Idem, pág. 795.

Bajo Constantino se determino que el que matase a su hijo seria sancionado como parricida, asimismo prohibió al igual que Caracalla la venta de hijos, salvo que se tratara de extrema miseria o necesidad. El padre que se encontraba en la miseria podía emancipar a su hijo, haciendo a favor del tercero el *DERECHO del MANCIPATIO*, es decir, la cesión del hijo por un precio en dinero o como garantía de una obligación, colocaba a éste en condición análoga a la de un esclavo; ya en la *Ley de las XII Tablas* se estableció que un hijo que había sido emancipado por tres veces recuperaba su libertad, quedando liberado de la autoridad paterna⁴. Por otro lado, estaba también prohibido abandonar a sus hijos, salvo que hubieran nacido deformes, por lo que en estos casos no solo los podían abandonar, sino que incluso los podían matar.

Ya con el *Cristianismo* las cosas se van suavizando, por lo que cada día la condición jurídica del hijo de familia en relación con sus bienes adquiridos por él, se mejoro a través de los peculios. Es así como tanto los derechos personales del hijo como los patrimoniales, fueron mejorando día con día con el desarrollo del *Cristianismo*, entendiéndose a partir de entonces que la Patria Potestad más que una obligación era un verdadero derecho de los hijos.

De esta forma en Roma las fuentes de la Patria Potestad se constituían por:

⁴ Idem, 795.

1.- El *matrimonio o IUSTAE NUPTIAE*, se constituía por la unión legítima realizada de acuerdo con las normas del Derecho Civil. En Roma era considerado de suma importancia el matrimonio legítimo cuyo fin primordial era la procreación.

2.- La *adopción* era una institución de derecho civil cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que creaban las *IUSTAE NUPTIAE*, cuyo efecto era la perpetuidad de la familia.

En Roma fundamentalmente existían dos tipos de adopción: a) LA ARROGATIO; y b) LA ADOPCION PROPIAMENTE DICHA. Algunos autores agregan: LA ADOPCION TESTAMENTARIA, que era una especie de ARROGATIO hecha en el *Testamento Comicial*, para producir efectos legales después de la muerte. LA ARROGATIO es la adopción de una persona sui iuris a otra sui iuris. Se le llamaba también ADROGATIO.

La **Adopción Propiamente Dicha** era la que se ejercía sobre las personas alieni iuris, esta tenía menor trascendencia que la ARROGATIO, su procedimiento se derivó de la *Ley de las XII Tablas* para extinguir la autoridad paterna. Se aplicaba tanto a los hombres como a las mujeres.

3.- La *legitimación* era aquella institución en virtud de la cual el padre adquiría la Patria Potestad sobre sus hijos naturales nacidos del concubinato, dicha legitimación aparece en el Bajo Imperio con los emperadores cristianos,

quienes trataron de favorecer y fomentar las uniones regulares, las cuales se llevaban a cabo mediante:

a) Legitimación por Subsecuente Matrimonio, es decir, el matrimonio posterior de los padres.

b) Legitimación por Obligación a la Curia, esto era, que el padre que quería legitimar a un hijo natural lo destinara al servicio de la curia, si era varón, y si era mujer la tenía que casar con un Decurión.

c) Legitimación por Rescripto Imperial puesto que era el rescripto que daba el Príncipe a solicitud del padre que quería legitimar a su hijo natural.

d) Legitimación por Testamento, o sea, la que se daba cuando el testador declaraba en el testamento su voluntad de legitimar a sus hijos naturales.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.

Dentro de las causas que ponen fin a la Patria Potestad encontramos los acontecimientos fortuitos o casus y los actos solemnes.

Dentro de los casos fortuitos encontramos los que correspondían al Paterfamilias que eran:

a) Por su muerte.

b) Por haber perdido su *Status Libertatis*, es decir, caer en esclavitud.

c) Por la pérdida del Derecho de la *Ciudadanía* y los *Derechos de Familia*, en estos casos los hijos sometidos a él se hacen *sui iuris*, sin perder sus derechos de agnación (es el parentesco fundado en la autoridad paternal o marital). Son *agnados*, los descendientes por vía de varones sometidos a la jefatura del Paterfamilias o que lo estarían si éste viviera, y también la mujer in manu)⁵, al contrario de la *cognación* que es (el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea recta o de un actor común - línea directa y colateral respectivamente - sin distinción de sexo. Es un parentesco que resulta de la naturaleza y en nuestro derecho sería suficiente para constituir la familia, pero en el *Derecho Romano* para integrar la *Familia Civil* hace falta poseer el título de agnado)⁶, en el supuesto de que el Paterfamilias tuviera bajo su potestad al hijo y al nieto, sólo el primero se libera para ejercer la autoridad paterna del segundo.

La muerte del *Alieni Iuris*, su caída en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía así como los derechos de familia, es otro de los acontecimientos fortuitos, como también lo es la elevación del hijo de familia a ciertas dignidades tales como eran:

⁵ Ibidem, pág. 796.

⁶ Ibidem, pág. 794.

- a) Hijo Sacerdote de Júpiter;
- b) Hijo de Vestal.

Bajo el Imperio de **Justiniano**:

- a) Patricio;
- b) Obispo;
- c) Cónsul;
- d) Prefecto del Pretor o Cuestor del Palacio.

Por otro lado encontramos que los *Actos Solemnes* para que se extinguiera la Patria Potestad eran la *Adopción* y la *Emancipación*, que como ya se dijo en renglones anteriores, eran los que ponían fin a la Patria Potestad.

Como hemos podido observar en *Roma* los efectos de la Patria Potestad se traducían en que el *Paterfamilias* tenía la potestad de matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas *alieni iuris* , así como también podía romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecían, podía venderlas y en tiempos de **Cicerón** podía darlas en prenda.

Con **Augusto** el hijo de familia podía ser objeto de un robo. Esta potestad no se extinguía fuera cual fuera la edad de los *alieni iuris*, sólo se extinguía por la *muerte o capitis diminutio* que privaba al Pater Familias de su calidad de *sui iuris*, aunque posteriormente la conducta del Pater Familias fue sometida a la autoridad del *Censor*, por lo que le fueron impuestas restricciones que disminuyeron notablemente su poderío.

En efecto hemos visto que la Patria Potestad de los romanos, como una consecuencia del *dominio quiritario*, era de derecho civil, por eso era el poder que tenía el jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil. No era, como la autoridad del Señor, una institución del *derecho de gentes*, sino que era una *institución del derecho civil*, que solo podía ejercerla el *Ciudadano Romano* sobre sus descendientes, también ciudadanos romanos. En la Patria Potestad romana encontramos la protección no del hijo, sino la protección del interés del jefe de familia.

La *patria potestad germánica*, es parecida a la romana ya que al casarse la pareja, el marido adquiere una potestad que se llamaba MUNT (así se le conocía en el derecho germánico, era una Institución equivalente a la Patria Potestad), sobre la mujer y los hijos de éste, teniendo una facultad de corrección que podía llegar hasta la pena de muerte. El MUNT significaba a su vez un derecho y un deber de protección.

En el derecho germánico antiguo, todos los hijos que nacían de una mujer sometida al MUNT quedaban bajo la potestad paterna del marido de su madre. Según Planitz H.⁷, el MUNT o potestad paterna se derivaba del MUNT o potestad sobre la madre. El marido tenía derecho de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento, por lo que la potestad derivada del MUNT empezaba hasta que tenía lugar el acto de acogimiento del niño; este acto de acogimiento ponía fin al derecho de exposición. Era pues el *nacimiento* el elemento decisivo y *no* la *procreación* del hijo durante el matrimonio, pues los hijos de la mujer procreados antes del matrimonio quedaban bajo el MUNT o Potestad Paterna del señor de la casa. También quedaban bajo la potestad del padre, los hijos nacidos de las concubinas, siempre y cuando estuvieran sometidos a dicha potestad.

Si el hijo había nacido de la verdadera y legítima mujer, se originaban relaciones de parentesco del hijo con el padre y los parientes de éste; en este caso era un hijo legítimo o hijo matrimonial. La posición jurídica de la madre determinaba la del hijo, el padre tenía sobre la persona del hijo un poder amplio, podía castigarle a su arbitrio y en su caso, ya fuera por necesidad o por pena, podía venderlo e incluso matarlo⁸.

El padre podía también disponer libremente del casamiento de los hijos, utilizar su fuerza de trabajo, así como disponer de su educación e instrucción. El padre representaba al hijo en el proceso y respondía por sus delitos con su propio

⁷ Nueva Enciclopedia Jurídica, F, Seix Editor, Tomo XIX, Part-Poliz, pág. 132, s.p.i.

⁸ Idem, pág. 132.

patrimonio. La potestad del padre terminaba siempre al separarse el hijo de la comunidad doméstica paterna, así como cuando eran acogidos en la asamblea comunal, aunque continuara en la asociación doméstica.

También podían entrar en una clientela o en comendación, con lo cual terminaba la Potestad Paterna. Otra forma de separarse de la Potestad Paterna era el matrimonio. Con la influencia del *Cristianismo*, se suprimió el derecho de exposición y el de disponer del matrimonio de las hijas, por lo que ahora solo pasaba a ser un mero consentimiento paterno.

DERECHO ESPAÑOL.

En sus orígenes la Patria Potestad supone Poder y no Deber hacia los sometidos. Al evolucionar la Patria Potestad se comienza a concebir como *OFFICIUM*, o sea, como un deber de asistencia y protección. Las causas que fueron transformando el principio de que la Patria Potestad era un poder absoluto fueron morales, sociales, de índole política, así como el desarrollo de las actividades comerciales y militares, pero sin duda lo que más influyó fue el Cristianismo al grado de transformarlo en un poder de corrección sobre los hijos.

EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

De la relación jurídica nacida de la paternidad y la filiación, surgen deberes, obligaciones y derechos familiares que se refieren a sujetos determinados que son los padres e hijos y abuelos en algunos casos.

Desde el punto de vista de los padres, el conjunto de deberes y obligaciones, recibe el nombre de PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad toma su origen de la filiación. Es una Institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de los habidos fuera de él o de los hijos adoptivos.

Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).⁹

De esta forma podemos afirmar que la Patria Potestad es una función permanente y que no admite en su ejercicio interrupciones, por lo que cuando un cónyuge o progenitor tuviera una simple imposibilidad de hecho, el otro deberá ejercerla, puesto que la Patria Potestad es de interés público y tiene un sentido de protección y cuidado del menor.

El ejercicio de la Patria Potestad se confiere a ambos progenitores, no estableciendo la ley una división de deberes, obligaciones o derechos, que deban ser

⁹ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 10a. Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 669.

cumplidos conjuntamente por el padre y la madre, con la única finalidad de educar y formar a los hijos. Por lo tanto ambos deben estar de común acuerdo en lo referente al ejercicio de la Patria Potestad sobre la persona del hijo, así como sobre la administración de sus bienes.

Además podemos decir que la Patria Potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la Patria Potestad. Sólo cuando ellos falten entraran a su ejercicio los ascendientes por ambas líneas, según sea el caso (como se vera más adelante), sobre los cuales recaerán todos los derechos y deberes.

Galindo Garflas nos expresa que "Desde el punto de vista interno, la Patria Potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

Desde el punto de vista externo, la Patria Potestad se presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la Patria Potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la Patria Potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la Patria Potestad

para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio".¹⁰

En nuestra opinión esto se refiere a los derechos y obligaciones que nacen de la relación que surge entre padres e hijos, en el ejercicio de la Patria Potestad misma, por el contenido ético y social que esta encierra.

Actualmente la Patria Potestad más que verse como un poder, se ve como una protección, misma que como ya se dijo antes, no es sólo paternal, sino que incumbe a ambos esposos, aunque en ocasiones solamente incumbe a la madre (en el caso de ser madre soltera). Por tanto, es claro, que el fundamento de la Patria Potestad está en la naturaleza humana, misma que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos. Esto aún cuando el Estado la acepte y regule, la Patria Potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

Las características de la Patria Potestad son:

a) Es un cargo de interés público.- Como decíamos, la actitud de proteger, educar y velar por el interés y bienestar de los hijos se deriva en gran parte de la naturaleza misma, ya que la mayor parte de los progenitores asumen sus responsabilidades, en forma espontánea y amorosa.

¹⁰ Ibidem pág. 675.

b) Irrenunciable.- Nuestro Código Civil vigente nos dice que la Patria Potestad no es renunciable, y esto se comprende si consideramos que la Patria Potestad es un cargo de interés público.

c) Intransferible.- Como casi todas las relaciones de carácter familiar, son de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso o gratuito. Solamente en un sólo caso se permite la transmisión de la Patria Potestad y es a través de la figura de la adopción.

d) Imprescriptible.- El que esta obligado al ejercicio de la Patria Potestad y no lo hace, no pierde por ello su obligación, ni su derecho a desempeñarla por el sólo transcurso del tiempo.

e) Temporal.- Es evidente que la Patria Potestad sólo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, es aquí, donde surge su temporalidad.

f) Excusable.- El artículo 448 del Código Civil vigente permite que se puedan excusar los que ejerzan la Patria Potestad sólo en dos casos:

1.- Cuando tienen sesenta años cumplidos, y

2.- Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño.

Los sujetos activos, como ya se ha dicho son los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o sólo de cada pareja. En cambio los sujetos pasivos son los hijos o nietos menores de edad.

SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 447 del Código Civil vigente nos dice que son tres las causas por las que puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la Patria Potestad.¹¹

ARTICULO 447.- 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.

¹¹ Código Civil Concordado para el Distrito Federal, Lisandro Cruz Ponce y Gabriel Leyva, 1a. Edición, Ed. U.N.A.M., México, 1996, pág. 77.

Y aunque el Código Civil no señala que sea en forma temporal, esto es claro, ya que estos tipos de suspensión pueden extinguirse si el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio, si el ausente regresa o si al sancionado por sentencia se le extingue su condena.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Se pierde, cuando hay culpabilidad por parte del titular de la Patria Potestad, en el cumplimiento de sus deberes, y en este caso procede la privación, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio, el Juez debe fijar la situación de los hijos en la sentencia que lo declare; cuando por las costumbres depravadas de los padres, se comprometa la seguridad del menor.

A este respecto se refiere el artículo 444 del Código Civil vigente, mismo que señala:¹²

ARTICULO 444.- 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;

¹² Idem, pág. 83 y 84.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283,¹³

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

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

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Se suspende, cuando por alguna razón de incapacidad no la puede seguir desempeñando el que la ejerce o por haber sido sentenciado a pena que traiga consigo la suspensión.

A su vez, sobre este particular el artículo 443 del Código Civil vigente nos señala tres únicas formas en que se extingue la Patria Potestad:¹⁴

¹³ Art. 283.- La sentencia de divorcio fijara 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, pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial de la custodia y el cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente Código, para - - para los fines de llamar al ejercicio de la Patria Potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso, designar tutor.

¹⁴ Idem, pág. 83.

ARTICULO 443.- 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 mayor edad del hijo.

Una vez hecha esta breve reseña histórica y señalar lo que significa la Patria Potestad en nuestro Derecho Positivo pasamos a transcribir algunos conceptos sobre la Patria Potestad, tanto de autores clásicos como de autores modernos, no sin pasar por desapercibido que nuestro Código Civil vigente se abstiene de definirla; dichos autores nos dicen:

MARCEL PLANIOL la define como: "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales"¹⁵.

JULIAN BONECASE la define en un sentido amplio y dice que: "Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los

¹⁵ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 10a. Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 669.

terceros. respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios"¹⁶.

MANRESA definió la Patria Potestad como: "El conjunto de derechos y deberes que tienen los padres relativamente a la persona y bienes de sus hijos, hasta su mayoría o emancipación, y aún después de estas en ciertas circunstancias".¹⁷

CLEMENTE DE DIEGO nos dice que : "Es el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".¹⁸

PUIG PEÑA la define como: "Aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos".¹⁹

ROYO MARTINEZ la definio como: "El poder que corresponde al padre y a la madre sobre los hijos durante la menor edad de éstos, y que es conferido con vistas al cumplimiento del deber primordial que a los progenitores

¹⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, *Derechos de Familia*, Ed. Porrúa S.A., 1a. Edición, México, 1988, pág. 525.

¹⁷ Nueva Enciclopedia Jurídica, ob. cit. pág. 135.

¹⁸ Idem, pág. 135.

¹⁹ Idem, pág. 135.

incumbe de alimentarles, educarles e instruirles en forma adecuada a la posición social de la familia".²⁰

ANTONIO DE IBARROLA nos da la siguiente definición y dice que: "Es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad".²¹

EDGAR BAQUEIRO ROJAS Y ROSALIA BUENROSTRO BAEZ nos dicen que: "Es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período".²²

II. REGIMEN LEGAL DE LOS TITULARES.

En el derecho mexicano, a partir de la *Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917*, se hace patente que la familia esta fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Así, el matrimonio dejo de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y Patria Potestad, ya que tanto los hijos naturales (cabe hacer mención que en la actualidad ya no

²⁰ Idem, pág. 135.

²¹ De Ibarrola Antonio, *Derechos de Familia*, ob. cit. pág. 415.

²² Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalia Buenrostro Báez, *Derechos de Familia y Sucesiones*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Harla, México, 1990, pág. 227.

existen los hijos naturales) como los legítimos resultan equiparados en nuestro Código Civil vigente al concederles los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

Nuestro Código Civil vigente equiparó los derechos de los hijos naturales con los de los hijos y facilitó la prueba de los hijos habidos en concubinato, regulando también jurídicamente el parentesco, los alimentos, el nombre, el domicilio, los derechos y obligaciones de los hijos, el sistema hereditario en la Sucesión Legítima, la Patria Potestad y la tutela de esa clase de descendientes.

Por tanto podemos afirmar que el Régimen Legal de los Titulares no afecta en nada el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus descendientes o en el caso de la adopción sobre el hijo adoptado, toda vez que en la actualidad, nuestra legislación mexicana es más humana y justa que legislaciones pasadas, en donde se desconocían algunos o varios derechos de los hijos, por el solo hecho de haber nacido fuera de matrimonio.

Al respecto cabe mencionar la posición tradicionalista que formula **RUGGIERO:**

"El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los

que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión legítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación de la filiación legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste".²³

Al respecto cabe mencionar que, al permitirse las relaciones extramatrimoniales en nuestro derecho, no con ello se quiere decir que se esta fomentando el libertinaje, ni mucho menos que se intenta fomentar el desarrollo de ideas inmorales en la institución de la familia, o favorecer las uniones sexuales transitorias o accidentales, porque seria injusto pensar que el matrimonio es el único en favorecer las relaciones familiares y con ello el desprendimiento de todas las consecuencias jurídicas en materia de Patria Potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio y en general de derechos y obligaciones para con los hijos, pues es bien claro que en la actualidad muchos matrimonios bien

²³ Ruggiero, citado por, Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Ed. Porrúa, S.A., 17a. Edición, 1980, pág. 275.

llevados a cabo, han sido motivo de rupturas prematuras y por el contrario han sido más perdurables las uniones no matrimoniales, tal es el caso del *concubinato*.

Pero para seguir adelante con nuestro estudio es necesario hacer mención de lo que significa la *FILIACION*, misma que guarda una estrecha relación con la Patria Potestad.

Así la podemos definir como: "El vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas, a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado".

Dicha filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí, que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre, madre y la del producto de esa unión, el hijo, a los cuales la ley les atribuye derechos y deberes.

La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. Por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial y surten los mismos efectos que la adopción simple. Dentro de las legislaciones que admiten la adopción existen dos grandes grupos:

- 1.- Las que desvinculan totalmente al adoptado de sus parientes consanguíneos (eliminan el parentesco natural y prohíben cualquier acción de investigación de la paternidad o maternidad del adoptado). En la *legitimación adoptiva o adopción plena*, los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia

consanguínea en el momento de la adopción y el vínculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos, por un lapso cuando menos de diez años. El adoptado forma parte de la familia de quienes lo adoptan, porque es considerado como hijo nacido de matrimonio.

2.- Las que conservan el vínculo del adoptado con sus parientes biológicos (prevalecen las obligaciones y derechos de los parientes consanguíneos de forma subsidiaria a los del adoptante).

De los dos grupos señalados, nuestro Código Civil vigente toma el segundo grupo, toda vez que el artículo 403 señala :

ARTICULO 403.- "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la Patria Potestad, que será transferida al adoptante salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".²⁴

Así, entendemos que el adoptado conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez heredan de él.

Respecto a la filiación extramatrimonial, nuestra legislación civil (*Códigos Civiles de 1870 y 1884 y la Ley de Relaciones Familiares*), consideraba

²⁴ Código Civil Concordado Para el Distrito Federal, ob. cit., pág. 77.

a los hijos nacidos de dos personas unidas por el vínculo del matrimonio, como legítimos; en tanto se designaban naturales o ilegítimos a aquellos cuyo padre y madre no estaban casados.

En la actualidad nuestro Código Civil vigente coloca en igualdad de circunstancias a los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él. Todos por igual adquieren derechos y obligaciones, no sólo el hijo nacido de matrimonio respecto al padre y la madre, sino que estos también los adquieren en lo que se refiere al hijo nacido fuera de matrimonio, ya que aquel entra a formar parte de la familia de su padre y de su madre.

III. CONFUSION DERIVADA DEL EJERCICIO SIMULTANEO.

Existen situaciones tan complejas, que es imposible prever las consecuencias tanto económicas, jurídicas y sociales que acarrearán los conflictos que nacen del **ejercicio simultaneo de la Patria Potestad**, ya que en ocasiones tanto los cónyuges como los abuelos se disputan el ejercicio de dicha Patria Potestad sobre los hijos menores de edad, presentándose con ello diversos problemas familiares que en muchas ocasiones provocan males irreparables en la formación del menor, porque como es sabido los hijos menores de dieciocho años (siempre que no se encuentren emancipados en virtud del matrimonio) tienen el deber de convivir con su madre y su padre, quienes ejercerán la Patria Potestad y toda vez que ésta

es un cargo privado de interés público, se hace necesario otorgársela a los padres biológicos (y en el caso del adoptado, se otorga la Patria Potestad al adoptante) del menor, esto tomando en cuenta que la fuente real de la Patria Potestad lo es el hecho biológico de la paternidad.

En efecto los padres biológicos son los que tienen el derecho y la obligación de ejercer y aplicar la Patria Potestad en forma conjunta, ya que el hombre y la mujer son iguales ante la ley.

Dicha Patria Potestad estará supeditada al ejercicio de ambos cónyuges, ya que ellos estarán investidos de autoridad propia y de consideraciones iguales dentro del domicilio conyugal y en caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar decidirá sobre el particular. Así el **artículo 417** nos dice:

ARTICULO 417.- "Cuando los padres del hijo nacido fuera de 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 intereses del hijo".²⁵

Cabe agregar, que no sólo los padres o el hijo son los que pierden, sino que es en sí en última instancia el núcleo familiar en su conjunto, el que se ve más afectado por ese tipo de circunstancias, por que en ocasiones son los abuelos tanto

²⁵ *Ibidem*, pág. 79.

paternos como maternos los que entran en ese círculo vicioso que es el de determinar quien en su caso es el que va a ejercer la Patria Potestad.

IV. LAS FUNCIONES CORRELATIVAS.

La Patria Potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien las ejercita, así como para quien esta sujeto a ella. Para los padres las funciones correlativas que se derivan del ejercicio de la Patria Potestad son: La guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.

Para los hijos las funciones correlativas de dicho ejercicio sobre su persona los son: antes que nada y antes que cualquier otro deber esta del de *RESPECTO*, así lo señala nuestro Código Civil vigente en su artículo 411, mismo que a la letra dice:

ARTICULO 411.- "Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".²⁶

²⁶ Ibidem, pág. 78.

Claro esta que es necesario también hacer notar el deber de honra de los hijos hacia los padres que contiene también dicho artículo, además del deber de obediencia y el de contribución a las cargas de la familia.

Dentro de los deberes que impone el ejercicio de la Patria Potestad de los padres hacia los hijos, tenemos en primer término, sin temor a equivocarnos, el derecho que tienen los hijos a recibir por parte de quienes ejercen esa Patria Potestad, son los **ALIMENTOS** , que comprenden además, como lo señala el **artículo 308** del Código Civil vigente otras situaciones, no sólo de alimentación para mantener el cuerpo en sanas condiciones, sino que también comprenden el vestido, la habitación, como se señalara más adelante.

La existencia de una potestad de los padres respecto de los hijos, impone a los primeros ciertos deberes-funciones, entre las cuales se encuentra precisamente la "obligación de alimentar y educar al hijo", deber que subsidiariamente corresponde a los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente, ya se trate de matrimonio o de concubinato, como se vera posteriormente al tratar sobre estos puntos.

Y toda vez que el concepto jurídico de los alimentos, tiene un contenido más sólido y de mayor significación social, pues además de conservar la vida, ya que se desprende, no la materialidad de dar lo indispensable para la vida, sino el de procurar el bienestar físico del individuo poniéndole en estado de que pueda bastarse así mismo, sotenerse de sus recursos y ser un miembro útil a la familia y

a la sociedad, es por lo que procedemos a transcribir el artículo 308 del Código Civil vigente, mismo que dice:

ARTICULO 308.- "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".²⁷

La obligación alimentaria comprende los siguientes puntos:

1.- UN ORDEN MATERIAL DE LOS ALIMENTOS SERIA:

- a) Un lugar donde cubrirse de los elementos naturales, ya sea el calor, la lluvia, el frío, etc., es decir, la vivienda o casa habitación;
- b) La comida, ejemplo, la carne, leche, frijol, etc., es decir, todos los nutrientes necesarios para el desarrollo físico del ser humano;
- c) El vestido y el calzado, para la protección directa contra elementos naturales;
- d) La asistencia médica en el sentido más amplio, obligación que también tiene el deudor alimentista.

²⁷ Ibidem, pág. 62.

2.- UN ORDEN MORAL, INTELECTUAL Y SOCIAL, COMPRENDERIA:

- a) La educación, principios básicos y elementales de las personas, indispensables para convivir con los demás elementos del núcleo social;
- b) Los gastos para que los acreedores alimentarios se superen, aún cuando hayan dejado de ser menores de edad, proporcionándoles un arte, profesión u oficio honestos;
- c) Así también podemos incluir los gastos para recreación, con el único propósito del desahogo espiritual, ejemplo, centros vacacionales, prácticas deportivas, espectáculos, etc.

Por tanto podemos decir que la obligación alimenticia tiene por objeto la prestación de todo lo que es necesario a la vida, tanto en la salud como en la enfermedad. Aunque cabe decir que el modo de prestar los alimentos varia según las circunstancias, más hay que recordar que el principio es, que los alimentos deben darse en *dinero*, en forma de pensión, así como también se puede suplir esta prestación, incorporando al hijo al hogar como lo establece el artículo 309 del Código Civil vigente:

ARTICULO 309.- " El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario o incorporándolo a la familia. Si el

acreedor se opondrá a ser incorporado, compete al Juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos ".²⁸

Además no hay que olvidar que la deuda alimenticia comienza a existir a partir del preciso momento en que los alimentos se hacen necesarios.

Características de los derechos y obligaciones que nacen de la relación alimentaria, tal y como lo señala nuestro Código Civil vigente, el cual establece:

1.- La obligación alimentaria es recíproca, así lo establece el artículo 301 del Código Civil vigente cuando dice:

ARTICULO 301.- "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".²⁹

2.- El derecho a dar y el derecho a recibir alimentos son personalísimos, ya que tienen lugar entre acreedor y deudor, concretándose a personas específicas;

3.- La obligación de dar alimentos y el derecho correlativo, son intransferibles por regla general, no pueden transferirse ni por herencia.

²⁸ *Ibidem*, pág. 63.

²⁹ *Ibidem*, pág. 61.

Existen algunas excepciones tales como las que se señalan en los artículos que a continuación se transcriben:

ARTICULO 1368.- El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I.- A los descendientes menores de dieciocho años, respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte;
- II.- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;
- III.- Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar, y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- IV.- A los ascendientes;
- V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.³⁰

ARTICULO 1369.- No hay obligación de dar alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.³¹

ARTICULO 1373.- Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes:³²

I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata;

II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán, a prorrata a los ascendientes;

III. Después se ministrarán, también a prorrata, a hermanos y a la concubina;

IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

³⁰ Ibidem, pág. 194 Y 195.

³¹ Ibidem, pág. 195.

³² Ibidem, pág. 196.

4.- El derecho alimentario es inembargable, por ser necesarios los alimentos para la vida del individuo,

5.- El derecho de los alimentos es imprescriptible porque no se extingue aunque se deje de ejercitar en cualquier tiempo,

6.- El derecho a recibir alimentos, no es negociable, ni puede ser objeto de transacción,

7.- La proporcionalidad en el derecho de alimentos, debe ser a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien ha de recibirlos,

8.- La obligación es divisible y mancomunada, es decir, cuando hay pluralidad de deudores, entre ellos se reparte la deuda,

9.- La deuda por concepto de alimentos es preferente, es decir, los acreedores tienen el derecho preferente, sobre los bienes de quien tenía la obligación de proporcionar alimentos,

10.- Los alimentos no son renunciables.

En segundo plano encontramos como deber que impone la Patria Potestad, la *educación*.

Siendo la Patria Potestad una misión de interés público y de alto contenido social, la Ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquella.

La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a convertir al menor en un ser útil a sí mismo y a la colectividad. El padre ejerce sobre los hijos bajo la Patria Potestad poderes de gobierno en lo referente a la educación y corrección de los mismos. Dichos poderes, dentro de ciertos límites legales, morales y de respeto por dignidad humana, son discrecionales en cuanto a su forma y aplicación.³³

De esta forma, la Patria Potestad que impone el derecho a educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. Pues bien, este tipo de educación ha de ser de tipo físico, que fortalezca las energías del cuerpo, intelectual que desarrolle y enriquezca los recursos del espíritu, moral y religiosa que ilumine y guíe la inteligencia, que forme y fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres.

MAZEAUD, nos dice que la educación y la instrucción están ligados íntima y necesariamente, la persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre la educación.³⁴

³³ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit. pág. 807.

³⁴ Mazeaud, citado por De Ibarrola Antonio, Derechos de Familia, ob. cit., pág. 423.

Aunque es bien sabido que el papel de los padres en la educación de los hijos es cada vez más difícil ante la desquiciadora crisis moral y el aumento de la criminalidad en nuestra sociedad. *La Declaración de las Naciones Unidas del 19 de septiembre de 1945*, consagra el Derecho Paterno al expresar:

"Los padres tendrán derecho preferente, por prioridad jurídica, a escoger el tipo de educación que habrá de impartirse a sus hijos". Si bien es un derecho paterno el determinar que profesión y en general que orientación moral y religiosa han de tener los hijos, es un deber a su cargo proveer a su educación".³⁵

Ese deber es un derecho al mismo tiempo, constituyendo así una de las *funciones correlativas* integrantes de la Patria Potestad. A los padres que tienen bajo su Patria Potestad al hijo, también corresponde el Derecho de corregirlos en forma moderada. Este Derecho se traduce en el poder de vigilancia y control que podrá ejercer el padre sobre las amistades, forma de comportamiento social, la asistencia a determinados lugares, etc. En casos extremos los que ejercen la Patria Potestad podrán pedir auxilio a las autoridades a fin de que sean amonestados los menores o en su caso se les imponga un correctivo que les preste el apoyo suficiente a fin de que sea un ciudadano útil a la sociedad.

Entre las *funciones correlativas* de los hijos hacia las personas que ejercen sobre ellos la Patria Potestad, encontramos la de obediencia, respeto y de contribución. Pues bien, la naturaleza misma aconseja el honor y respeto que deben

³⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit., pág. 807.

a los padres, porque ellos son una consecuencia necesaria de la dirección paternal que recibe el hombre desde los primeros años de su vida, aunque se hizo necesario que la Ley consignara expresamente en su **artículo 411** del Código Civil vigente que:

ARTICULO 411.- "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".³⁶

Así los hijos deben mantener el respeto debido a aquellas personas de quienes recibieron el ser, por ello no podrán dejar la casa del que ejerce la Patria Potestad sin permiso de éste o resolución de la autoridad competente, ni pueden comparecer a juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

Por otro lado encontramos la obediencia que es aquel deber que tienen los hijos de obedecer a los padres, esto significa, el acatamiento, la observancia y el cumplimiento de un mandato. De esta forma el deber de obediencia es un deber que alcanza a toda clase de hijos y que afecta igualmente a los padres, ya estén unidos o no en matrimonio o que sean padres adoptivos. Aunque bien sabemos que en ocasiones este deber carece de sanciones directas en caso de incumplimiento salvo las moderadas correcciones que en su caso impongan los padres o las autoridades de las cuales solicite auxilio.

³⁶ Código Civil Concordado, ob. cit., pág. 78.

Otra de las obligaciones a las que se encuentra sujeto el hijo respecto a sus padres es la de ayudar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento de las necesidades del hogar, siempre y cuando esto no afecte el aprovechamiento en materia educacional de los mismos. Esto podría entenderse como una norma más que jurídica, una norma moral, ya que obliga a los hijos a ayudar a sus padres.

CAPITULO II.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR SUS TITULARES.

I. EN EL MATRIMONIO.

Desde luego que resultaría inútil señalar tales similitudes y diferencias, si antes no se ha dado un breve esbozo de lo que significo y ha significado desde épocas antiguas hasta nuestros días la palabra **matrimonio**, así como también la de **concubinato** - misma que se tratara en líneas posteriores -, puesto que precisamente es en esas dos grandes formas de constituir la familia en donde se dan esas similitudes y diferencias sobre el ejercicio de la Patria Potestad.

Como es común, empezaremos por hacer una reseña de lo que era o lo que significaba el *matrimonio* en el *Derecho Romano*, aunque nos sería imposible abarcar en tan vasto tema más allá de lo elemental que se requiere para realizar este estudio, por lo que de antemano pedimos disculpas al lector de este trabajo. Dicho esto nos avocamos al resumen breve pero muy necesario para la realización de nuestro estudio sobre lo que significaba y significa hoy en día la palabra matrimonio.

En Roma en los primeros tiempos de nacimiento del matrimonio, no se exigían ni solemnidades de forma ni la intervención de ninguna autoridad, ya

fuera civil o religiosa. Para los romanos unir sus personas y hacer vida marital era una cuestión bastante delicada toda vez que no sabían a ciencia cierta cuando esa unión constituía matrimonio o cuando un concubinato, aunque claro esta existían formas de comprobar el matrimonio - ya sea por que se redactara un escrito o porque se efectuaban actos exteriores de acuerdo a las costumbres - así los esposos o los terceros interesados tendrían pruebas suficientes del matrimonio realizado entre la pareja.

Posteriormente encontramos que en Roma ya empiezan a existir los matrimonios *CUM MANU* y *el SINE MANU*. Al respecto el maestro **AGUSTIN BRAVO GONZALEZ** nos dice:

"La *manus*, potestad modelada bajo la Patria Potestad, pertenece como ella al derecho civil, pero sólo es aplicable a las mujeres. Puede ser constituida por:

a) Por matrimonio, en cuyo caso pertenecerá al marido o al ascendiente que tenga la Patria Potestad;

b) *Fiduciae Causa* - por pacto de buena fe -, siendo en este caso temporal.

Antiguamente la *MANUS* acompañaba casi siempre al matrimonio, para que la mujer pudiera entrar a la familia civil del marido, caer bajo su potestad y ocupar con respecto a él el lugar de una hija, participar en el culto privado y poder

heredarlo como *HERES SUA* - heredera suya -. La *MANUS* se constituía por *CONFRAERRATIO*, *COEMPTIO* o por *USUS* - venta o por uso -.

La *CONFRAERRATIO* estaba reservada a los patricios, era una ceremonia en la que intervenía el *Gran Pontifice* o el *Flamen de Júpiter*, en la cual se pronunciaban palabras solemnes, teniendo la mujer en la mano un pan de trigo - *farreum* -, símbolo religioso de su asociación a la *Sacra Privata* - culto privado - y a la vida del marido.

Esta ceremonia fue cayendo en desuso, pero antiguamente era muy importante, pues sólo los hijos nacidos de nupcias *confarreatae* podían desempeñar los altos cargos religiosos, tales como el ser *flámis diales*, maritales o quirinales, así como el de *rex sacrorum* - rey de los sacrificios -, y las mujeres ser vestales.

La *COEMPTIO* o venta debe haberse ideado para que los plebeyos obtuvieran la *MANUS* sobre la mujer, pues a ellos estaba vedada la *CONFRAERRATIO*. La *coemptio* es una venta de la mujer al marido hecha por el paterfamilias si la mujer es *alieni iuris* - dependiente -, o autorizada por el tutor si es *sui iuris* - independiente -, también la *MANUS* se adquiría por el *USUS*, la posesión continuada de la mujer durante un año daba al marido la *MANUS*, pero la *Ley de las Doce Tablas* dispuso que si ella no quería quedar sujeta a esta potestad, se ausentara tres noches de la casa en cada año, para de esta manera interrumpir la posesión.

En el matrimonio SINE MANUS la mujer no salía de su familia natural, no haciéndose por tanto agnada de la familia de su marido, éste no adquiría sobre ella ninguna potestad; la mujer ocupaba ante el marido el mismo plano de igualdad, no se le consideraba con respecto a él como en el *matrimonio CUM MANU - loco filiae* - en el lugar de una hija. Este matrimonio SINE MANU - sin manus - comenzó a tomar auge a fines de la República y señala la decadencia de la familia romana.³⁷

Dentro de los requisitos para contraer matrimonio (*iustae nuptiae*) encontramos varias condiciones:

- 1.- La pubertad que es la aptitud del hombre para engendrar y en la mujer de concebir, y esta se explica ya que el fin del matrimonio es la perpetuación de la especie.
- 2.- El consentimiento de los contrayentes que debía ser un consentimiento recíproco de las partes para contraer matrimonio.
- 3.- El consentimiento del paterfamilias del que deriva la Potestad Paterna para consentir o prohibir el matrimonio de sus descendientes.
- 4.- El *connubium* que era la aptitud legal para contraer las *iustae nuptiae*, este *connubium* de orden privado lo confería la ciudadanía romana.

³⁷ Bravo Gonzalez, Agustín y Beatriz Bravo Valdéz, Primer Curso de Derecho Romano, Ed. Pax-México, Librería Carlos Césarman, S.A., 10a. Edición, México 1983, pág. 158 y 159.

5.- Que no exista parentesco de sangre dentro de ciertos grados.

6.- Que no exista una gran diferencia de rango social ya que para el matrimonio era indispensable cierta similitud de educación y de intereses.

7.- Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges.

Dentro de los impedimentos para contraer matrimonio encontramos los que emanan del parentesco, por afinidad o por motivos de moral o de política.

Las consecuencias jurídicas de contraer justas nupcias son con respecto a los cónyuges el deberse mutua fidelidad y esto trae aparejado el que no podían contraer segundas nupcias si antes no habían disuelto el primer matrimonio, el cual forma la alianza o afinidad, es decir, el lazo que se forma entre los cónyuges mismos, los parientes del otro y entre los parientes de ambos. Con respecto a los hijos los efectos de la filiación es de que los hijos adquieren la calidad de *liberti iusti*, sometidos a la Patria Potestad del padre o del ascendiente que la tenga.

A los hijos les corresponde el domicilio, la Ciudad de donde nacieron sus padres y su condición social, creando así la obligación recíproca de darse alimentos y en donde los hijos tienen derecho a la educación.

La principal fuente de la Potestad Paterna la constituían las *iustae nuptiae* (matrimonio legítimo), aunque según los principios romanos, la filiación

se da con respecto a la madre por el solo hecho del parto, en cambio la paternidad es incierta, pero el matrimonio la suministraba, siendo éste su fin social, es decir, es una forma de determinarla legalmente.

Aunque el matrimonio en sus orígenes no fue abordado en forma terminante por el derecho, posteriormente se organizó sobre una base exclusivamente religiosa, pero finalmente llegó un momento en el que adquirió carácter jurídico en el *Ius Civile*. Este reguló las incapacidades para contraer matrimonio y los efectos producidos por las nupcias, tanto para consortes como con relación a los hijos.

A partir de la dominación española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el derecho canónico. La Iglesia Católica intervino para dar validez al matrimonio y para resolver toda cuestión que surgiera con motivo del mismo.

Don Benito Juárez promulgó una Ley relativa a los Actos del Estado Civil y su Registro, en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el matrimonio, al que se le atribuyó el carácter de contrato civil, reglamentando el Estado los requisitos para su celebración y sus elementos de existencia y validez, etc.

En dicha Ley continúa reconociéndose el carácter indisoluble del vínculo matrimonial al igual que se hacía en el *Derecho Canónico*.

La Ley de Relaciones Familiares, además de introducir algunos cambios sobre la situación jurídica de los bienes de los cónyuges, tuvo vigencia hasta que el Código Civil de 1928 entro en vigor a partir del primero de octubre de 1932.

En la actualidad el matrimonio se considera desde dos puntos de vista:

A) Como acto Jurídico.

B) Como Estado Permanente de vida de los cónyuges.

La celebración del matrimonio (*ACTO*), produce un efecto primordial, ya que da nacimiento a un conjunto de Relaciones Jurídicas entre los cónyuges (*ESTADO*).

El matrimonio como **ACTO** es la exteriorización pública y solemne llevada a cabo por un hombre y una mujer, de su voluntad de convertirse en cónyuges. Este acto se perfecciona y se convierte en matrimonio sólo hasta cuando se realiza la cópula, porque cuando no se lleva a cabo se le considera como matrimonio no consumado, aunque si bien es cierto que ante los ojos de terceros han surgido para el marido y la esposa todos los derechos y deberes inherentes al matrimonio, también lo es que entre los cónyuges es necesaria la realización de la cópula para que ese matrimonio se perfeccione.

Además el acto del matrimonio exige que haya acuerdo de voluntades o consentimiento de los contrayentes para celebrarlo. Pero además esa voluntad debe ser declarada en forma solemne, o sea, que debe manifestarse ante el Juez del Registro Civil.

El matrimonio considerado como **ESTADO CIVIL**, se compone de deberes y facultades, derechos y obligaciones que constituyen la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

Nos dice el maestro **Ignacio Galindo Garfias** que: "La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales, éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad".³⁸

Como acto jurídico, el matrimonio está constituido por ciertos elementos esenciales y por ciertos requisitos de validez, mismos que se señalan a continuación:

³⁸ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, ob. cit., pág. 474.

A) ELEMENTOS ESCENCIALES:

1.- La voluntad de los contrayentes: que es la declaración expresa de los contrayentes de contraer matrimonio ante el Juez del Registro Civil y a su vez este debe declararlos unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

2.- El objeto: consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad.

El objeto directo consiste, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

3.- Las solemnidades requeridas por la ley: debido a que el matrimonio es un acto solemne, así la declaración de voluntad de los contrayentes debe guardar cierta solemnidad.

El matrimonio se caracteriza como un acto solemne, por lo que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el Libro correspondiente con el conjunto de formalidades que más adelante se detallaran.

Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en cambio las formalidades sólo se requieren para su validez. Por lo que se sabe que

si en el matrimonio faltan las solemnidades, aquel será inexistente, y solo será nulo cuando no se observen las formalidades.

Por tanto es necesario que el matrimonio contenga las siguientes solemnidades:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial;
- b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes, para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil de que quedan unidos en nombre de la ley y de la sociedad;
- c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes, esto para el efecto de que no existan confusiones.

B) REQUISITOS DE VALIDEZ:

1.- *LA CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO.*- la de goce es la aptitud para la cópula entre los contrayentes, la salud física y mental de los contrayentes y la no existencia de hábitos viciosos. En cambio la capacidad de ejercicio se refiere a que los menores de edad necesitan el consentimiento de quienes ejercen la Patria Potestad o Tutela para la celebración del acto.

2.- *LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.*- cuando existe error, es decir, que cuando creyendo que se contrae matrimonio con determinada persona, se contrae con otra. La violencia, es otro vicio de la voluntad y se da cuando se ejerce fuerza o miedo graves.

3.- *LA ILICITUD EN EL OBJETO.*- hay ilicitud cuando existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción entre los cónyuges; cuando hay adulterio; el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre y cuando exista bigamia.

4.- *LAS FORMALIDADES.*- lo es la solicitud que previamente deben llenar los contrayentes; además el lugar y la fecha en el acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes, la constancia que son mayores o menores de edad (con consentimiento de los padres), que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y el régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos.

Al respecto nuestro Código Civil vigente, en su artículo 103 nos dice:

ARTICULO 103.- se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar.³⁹

³⁹ Código Civil Concordado, ob. cit., pág. 25

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II.- Sin son mayores o menores de edad;

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en que grado y en que línea;

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieran y pudieran hacerlo.

En el acta se imprimiran las huellas digitales de los contrayentes.

ARTICULO 103 BIS.- La celebración conjunta de matrimonios no exime al Juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores.⁴⁰

⁴⁰ Idem, pág. 25.

II. EN EL CONCUBINATO.

Antes de señalar las similitudes y diferencias que existen en el concubinato en relación con el matrimonio respecto de la Patria Potestad, es menester dar un concepto del mismo, haciendo a su vez un breve análisis de la palabra concubinato.

Así, encontramos que el *concubinato*, tiene sus primeras raíces en cuanto a su regulación se refiere, en el *Derecho Romano*. Durante los primeros siglos de Roma esta unión constituyó un simple hecho natural, no reglamentado ni reconocido por el Derecho Civil.

Sin embargo, esta forma de unión no había sido reconocida y reglamentada en todos los países del orbe, no sólo porque no existía el matrimonio con las características legales que ahora conocemos, sino que dicha institución concubinaria tampoco reunía los requisitos de los matrimonios solemnes que aceptaban y reconocían las sociedades primarias, ya sea en la esfera sacramental de sus religiones o en el ámbito de sus normas jurídicas que regulaban las conductas de sus integrantes.

Hacia fines de la *República*, el Derecho se ocupaba de las relaciones nacientes entre un hombre y una mujer, pero como la *Ley Julia de Adulteris* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con una mujer joven o viuda, fuera de las *iustae nuptiae*, se encontró una excepción a la aplicación de las sanciones

previstas por la ley, siempre y cuando existieran vínculos duraderos entre el hombre y la mujer a lo que se le llamo *concubinato*, recibiendo así un reconocimiento tácito de vida marital.

El Diccionario Enciclopédico Uthea nos da una definición del concubinato y nos dice: "*Concubinato* (del latín *concubinatus*). Unión ilegítima de un hombre con una mujer libres, que hacen vida común sin haber llenado las formalidades establecidas para celebrar matrimonio. Son sus características: que se trata de una unión sexual de varón y mujer, en vida común extramatrimonial; que uno y otro sean libres, sin hallarse ligados por unión conyugal persistente con otra persona, y que la vida común tenga cierta duración o continuidad. Su origen se halla en el Derecho Romano, que consagro esta situación en la *Ley Papia Poppea*".⁴⁵

En el *Derecho Mexicano* y muy en especial en el *Código Civil de Oaxaca 1827-1829*, hacemos especial énfasis en lo que manifiesta el profesor **RAUL ORTIZ URQUIDI**, dicho Código es el primer ordenamiento de esta materia no sólo de México, sino de Iberoamérica. En este ordenamiento se destacan en el *Título Séptimo* denominado *De la Paternidad y de la Filiación*, los aspectos relativos a la legitimación y al reconocimiento de los hijos denominados como naturales, y que a juicio personal son los hijos nacidos del concubinato, pero veamos cuales son los hijos naturales de acuerdo a este ordenamiento legal.

⁴⁵ Diccionario Enciclopédico Uthea, Tomo III, Unión Tipográfica, Ed. Hispano-Americana, 2a. Reimpresión 1953, México, D.F., pág. 419.

El artículo 187, nos expresa que: "Los hijos procreados fuera de matrimonio, pero de padres que no tienen impedimento para casarse, son y se llaman hijos naturales".

El artículo 188, nos dice: "Estos hijos serán legítimos por el matrimonio subsecuente de su padre y madre, cuando estos los hayan reconocido en los tres primeros meses de matrimonio....."

El artículo 190, señala: "Los hijos legítimos por el matrimonio subsecuente tendrán el mismo derecho que si hubieran nacido de ese matrimonio".⁴⁶

Se deduce pues, que siguen el mismo sistema de reglamentar a los hijos habidos fuera del matrimonio, en idénticos términos o dicho de otra manera muy al estilo del *Derecho Romano* y al igual que el *Derecho Español*, pues en estas legislaciones también se exigía para configurar el concubinato, que los sujetos activos del mismo no estuvieran impedidos para contraer matrimonio al paso del tiempo.

Por otro lado la *Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917*, expedida por **Don Venustiano Carranza** con la finalidad de establecer a la familia sobre bases más racionales; y dando a la mujer igualdad en cuanto a sus relaciones de familia, pues en las legislaciones anteriores se estaba a la concepción tradicional de la familia romana, esta Ley concede al matrimonio como objetivo principal: la perpetuación de la especie y la ayuda mutua. Pero por otro lado vemos que es omisa

⁴⁶ Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana, Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oajaca, Ortiz Urquidi, Raúl, Ed. Porrúa, México, 1973, pág. 143.

en cuanto al concubinato se refiere, mencionándolo solo en forma indirecta como en algunos Códigos en donde se menciona a través de la legitimación y el reconocimiento de los hijos naturales, siendo estos los nacidos fuera de matrimonio.

Aquí se hace necesario transcribir lo que el legislador señaló en la exposición de motivos de nuestro Código Civil Vigente sobre el concubinato, mismo que dice:

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían: pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".⁴⁷

Una de las características del concubinato nos la da nuestro Código Civil Vigente, en su artículo 1635, mismo que nos dice:

⁴⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, S.A., 57a. Edición, México 1989, pág. 16 y 17.

ARTICULO 1635.- "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato .

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará".⁴⁸

Y nos dice el maestro **EDGAR BAQUEIRO ROJAS**, que los requisitos para el concubinato son:

a) Que se trate de una pareja monogámica, esto es, que la mujer tenga un solo hombre y el hombre una sola mujer, de lo contrario ninguno de ellos tendrá derecho a ser considerado concubino,

b) Que hayan vivido como marido y mujer bajo el mismo techo en los cinco años anteriores al fallecimiento del autor de la sucesión, o bien,

⁴⁸ Código Civil Concordado, ob. cit. pág. 227

c) Que aunque no hayan transcurrido cinco años, hayan tenido hijos de su unión.⁴⁹

A su vez la *Enciclopedia Universal Ilustrada*, sobre las características del concubinato nos dice:

"No toda vida marital fuera de justas nupcias se reputa concubinato, sino que debían concurrir las condiciones siguientes:

1a. No podían unirse en concubinato los que se hallaban ya en matrimonio con tercera persona, o ligados en grado de parentesco que impidiese el matrimonio, pues de lo contrario habría adulterio o incesto;

2a. Debía existir el libre consentimiento por ambas partes, y no haber mediadno, por tanto, violencia o corrupción; estos defectos se suponía que existían cuando la mujer era ingenua y de buenas costumbres;

3a. Por virtud de la presunción anterior, sólo podrán tenerse en concubinato las mujeres que además de ser púberes (requisito físico), fueran de mala opinión, esclavas manumitidas, o las ingenuas que hubieran declarado expresamente su voluntad de descender a la condición de concubinas (requisitos morales);

4a. No era permitido tener más que una concubina (esta se denominaba *pellex* y, en tiempos posteriores, *amica*), de donde resultaba una semejanza entre el

⁴⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de Familia y Sucesiones*, ob. cit. pág. 415.

concubinato y el matrimonio (por razón de la cual llegó a llamarse al primero *inaeguale conjugium*), hasta el punto de que los escritores clásicos no los diferenciaron sino en la intención (*animus matrimonii*, afecto *maritalis* que existía en el matrimonio y no en el concubinato), diciendo las leyes que la concubina se distingue de la mujer legítima, sólo *dilectu nisi dignitate*".⁵⁰

Por otro lado y toda vez que nuestro estudio va enfocado al ejercicio de la Patria Potestad dentro del concubinato, es menester por así ser necesario, hacer referencia a la investigación de la paternidad dentro del concubinato y a este respecto nuestro Código Civil Vigente en su artículo 382 nos dice:⁵¹

ARTICULO 382.- La investigación de la paternidad de los hijos fuera de matrimonio está permitida:

I.....

II.....

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

IV.....

Es necesario hacer hincapié que la unión transitoria entre un hombre y una mujer no son o no constituyen un concubinato, sino que tiene que realizarse o llevar a cabo una vida en común permanente, esta permanencia debe prolongarse

⁵⁰ Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo-Americana, Tomo VII, Ed. Espasa Calpe, Madrid, pág.1005.

⁵¹ Código Civil Concordado, ob. cit., pág. 73 y 74.

por cinco años como mínimo, tiempo en el que debe tener lugar la cohabitación, pero además es necesario que ninguno de los concubinos sea casado. Sólo así nace el derecho a heredarse recíprocamente, tal y como lo señala el artículo 1635 de nuestro Código Civil vigente ya transcrito con anterioridad.

El concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubinario y de la concubina los que fueron concebidos durante el tiempo que vivieron juntos y bajo el mismo techo; asimismo se presumen hijos del concubinario y de la concubina tal y como lo señala el artículo 383 del Código Civil vigente que dice:⁵²

ARTICULO 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato;

- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

En este sentido debemos dejar en claro que tratándose de un hijo nacido fuera de matrimonio y que por alguna razón el padre ignora el nacimiento de su hijo, éste tiene derecho a investigar la paternidad; en el mismo supuesto nos encontramos en el caso de los hijos habidos en el concubinato, en el que efectivamente el hijo pudo haber sido concebido durante el concubinato o durante

⁵² Ibidem, pág. 74.

los últimos días que duró el mismo. Por lógica corresponde al presunto padre de ese hijo concebido en concubinato investigar la paternidad de ese vástago concebido fuera de matrimonio, pero no concebido fuera del concubinato, pues si nos ponemos en el supuesto de que los hijos son iguales ante la ley, ante la sociedad y ante el Estado, debemos entender que los hijos tienen derecho a un padre y a una madre y los padres tienen derecho para el caso de que ignoren la existencia de su hijo, a investigar la paternidad del mismo, en tal consecuencia es válido que el presunto padre promueva Juicio Ordinario Civil, en caso de que la madre al concluir el concubinato contraiga matrimonio con una persona distinta al concubinario y éste tenga la certeza de que ese hijo fue concebido durante el tiempo en que vivía en concubinato con la madre.

Esta hipótesis de investigación de la paternidad sobre su supuesto hijo, es válida, si manifiesta que el hijo concebido durante el tiempo en que habitaba bajo el mismo techo que la madre y que se encontraban viviendo maritalmente, es decir, haciendo vida en común, que lo hace en calidad de concubinario ya que reunía los requisitos señalados por la ley al ser libre de matrimonio y viviendo con la madre (concubina) de su hijo cuando ella también era libre de matrimonio.

La investigación de la paternidad del hijo nacido de concubinato se hace con el fin de determinar quien es el padre de un hijo cuyo origen se puede discutir, aunque esto es muy cuestionable, ya que en ocasiones el padre no acepta esa responsabilidad, contradiciendo así la paternidad de un hijo. Aunque nuestro Código Civil Vigente nos dice quiénes se presumen hijos del concubinario y de la concubina, también es necesario saber cuando inicio y cuando término dicho

concubinato, para tener la certeza plena de que ese hijo es del padre que hace la investigación de la paternidad.

De esta forma podemos observar que en nuestro Código Civil Vigente se les dan a los hijos diferentes calificativos y en este caso se les llama hijos de concubinos como lo señala el artículo 383 de dicho ordenamiento ya transcrito con anterioridad.

Esta idea de calificar a los hijos viene desde tiempos muy antiguos, ya que desde la época romana se daban diferentes calificativos a los hijos según fuera el caso, llegando en su momento a ser verdaderamente denigrantes, por que cualquier persona con un mínimo de inteligencia sabe que el hijo es el menos culpable de que se le califique de tal o cual manera, y si por el contrario son los padres los verdaderos culpables de colocar a esos hijos en tal situación y debería ser a los mismos a los que se les califique con esos motes tan hirientes y no que se le impongan al menor que ninguna culpa tiene de los errores cometidos por sus padres.

Es importante hacer mención en este apartado que *la filiación con respecto a la madre, se prueba por el sólo hecho del parto, hecho biológico cierto*; con respecto al padre existen dos formas de probarla:

a) por Sentencia Ejecutoriada y,

b) por Reconocimiento Tácito.

Aunque es importante decir, que para poder determinar que el hijo que presumimos fue procreado o concebido durante el concubinato, es necesario demostrar como ya se dijo antes, cuando inicio y cuando término dicho concubinato.

CAPITULO III.

EFFECTOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS Y DE LOS NIETOS.

I. CONFORME A LA DOCTRINA.

Manuel F. Chávez Ascencio nos dice: "Al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la Patria Potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores.

Nuestra legislación no distingue entre hijos según su origen. La Patria Potestad como deber y derecho se ejerce siempre que *exista relación jurídica paterno-filial*. Se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio y también por ambos en el caso del hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres viven juntos. En caso de divorcio o separación, uno de ellos ejercerá la Patria Potestad y el otro puede conservarla o perderla según las circunstancias".⁵³

Nuestro Código Civil vigente nos habla de dichos efectos a partir del artículo 411 al 424.

⁵³ Chávez. Ascencio, Manuel F., La Familia en el Derecho - Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales -, Ed. Porrúa, S.A., México, 1987, 1a. Edición, pág. 76.

En efecto el artículo 411 nos dice:⁵⁴

ARTICULO 411.- Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Esta sin duda alguna es una norma de carácter ético y moral, pero no solo la ética recoge esta máxima, sino que también todo sistema religioso. Esa frase que incluso recogió el **Decálogo Cristiano** - *honraras a tu padre y a tu madre* - es hoy en día uno de los principios básicos a observar por los hijos, siendo que esa máxima contenida en nuestro Código Civil Vigente "el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes", proviene no de la Patria Potestad, ni de la calidad de hijo, sino de la filiación misma, no importando la edad del hijo, ni el estado o condición de éstos.

En efecto en el **Libro del Exodo** se contiene dicha frase - *honra a tu padre y a tu madre, para que se prolongue tu vida sobre la tierra que yahvé, tu Dios, te va a dar* -.⁵⁵

De acuerdo a lo anterior, los hijos tienen que mantener la reverencia debida a aquellas personas de quienes recibieron el ser. Dicha reverencia la podemos traducir en un deber de obediencia, la cual significa acatamiento, observancia y cumplimiento de un mandato.

⁵⁴ Código Civil Concordado, ob. cit., pág. 78.

⁵⁵ La Santa biblia, Ed. Unilit, 1994, 1a. Edición, Éxodo 20:12

DIEZ PICAZO dice que "En principio ello supone la capacidad de emanar estos mandatos en cuanto reglas jurídicas de necesaria observancia, y significa, en segundo lugar, la necesidad de llevar a cabo un comportamiento de ejecución ajustado a las provisiones del mandato".⁵⁶

De tal suerte, el deber de obediencia es un deber que alcanza a toda clase de hijos y afecta igualmente a los padres, esten o no unidos en matrimonio. Dicho deber carece de sanciones directas en caso de incumplimiento, excepto las moderadas correcciones - de las cuales hablaremos más adelante - que podrán imponer los padres sobre los hijos, o como se asienta en la parte final del artículo 423 del Código civil Vigente.⁵⁷

ARTICULO 423.- Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la Patria Potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

Pero además del deber de obediencia, debe existir un deber de respeto de los hijos hacia sus padres. Este deber de respeto no nace de la Patria Potestad, sino que nace de la naturaleza misma y de la moral Cristiana. Porque el deber de

⁵⁶ Diez Picazo, L., *Notas Sobre la Reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad*, cita página 9, obra citada por la Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor, Tomo XIX, Part-Poliz, pág. 150.

⁵⁷ Código Civil Concordado, ob. cit., pág. 80.

respetar a los padres dura siempre, es decir, aunque salgan los hijos de la potestad de los padres, porque ese respeto es por obligación natural, aunque en muchas ocasiones se da solo en razón de los usos o costumbres sociales, o simplemente por las circunstancias, ese deber de respeto puede darse o más bien debe darse por los hijos nacidos de matrimonio, los nacidos fuera de matrimonio o por los adoptivos, es decir, cualquier clase de hijo, aunque incluso ya se haya emancipado en virtud del matrimonio.

Nos dice **Galindo Garfias** que el estado de sumisión de los hijos menores de edad hacia los padres que ejercen la Patria Potestad comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia. Dichos deberes no pueden y no deben extinguirse, cuando se termina la Patria Potestad, es decir, cuando el hijo llega a manciparse por virtud del matrimonio, esta obligado a guardar respeto a sus padres aún en su mayoría de edad. Aunque es claro que dicha norma carece de fuerza coercitiva y por el contrario sólo es aplicable, mediante la fuerza moral que caracteriza a dicha norma.

Recuerda García Goyena que "a primera vista (*se dice en el discurso francés sobre el citado artículo 371 del Código Napoleón*), no es este sino un precepto de moral; pero al salir de la borrasca que ha trastornado todas cabezas y amenazado tanto como una subversión total de toda idea de la subordinación y de reverencia filial, este precepto, debía preceder a disposiciones enteramente relativas a una autoridad temporal para recordar incesantemente a los hijos que, si en ciertas épocas de la vida quedan por ley emancipados de la autoridad de sus padres, no hay momento de la vida, ni circunstancia, ni situación en que se les deba honor y

respeto⁵⁸

Pero además **Galindo Garfias** dice, que por su contenido moral, el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, no puede ser considerado como un efecto de la Patria Potestad, sino como el fundamento ético de las relaciones paterno-filiales de la Patria Potestad misma y de la consolidación de la familia.

Otro aspecto muy importante dentro de éste renglón es el que señala el artículo 421 del Código Civil vigente que dice:⁵⁹

ARTICULO 421.- Mientras estuviere el hijo en la Patria Potestad, no podran dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Esto se traduce en que el menor de edad sujeto a Patria Potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes ejercen esa potestad, que por lo regular, es la misma habitación o domicilio de los padres. Por eso el hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con sus padres o ascendientes, en ejercicio de la Patria Potestad. Con ello se tiende a evitar daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de ella, podría ocasionarle si pudiera dejar su hogar sin la debida autorización y consentimiento de los que la ejercen.

⁵⁸ García Goyena, citado por Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, Ed. Porrúa, 10a. Edición, 1990, pág. 679.

⁵⁹ Código Civil Concordado, ob. cit. pág. 80.

Esta convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, lo hace que sienta afecto, calor humano, así como también la presencia personal y respaldo espiritual. El menor tiene a su vez el derecho de habitar con sus padres en el domicilio conyugal de éstos, sólo así son posibles la guarda y custodia a través de las cuales se cumple con los deberes y se ejercen las facultades de las mismas, en donde es necesaria la convivencia familiar cotidiana del menor con los progenitores en forma ininterrumpida, porque solo así se esta en la posibilidad de brindarle al menor la protección a su persona, la vigilancia de sus actos y la educación completa tanto profesional, moral y religiosa.

En cuanto al *deber de educación Zannoni* nos dice que en sentido amplio "el deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida".⁶⁰

A su vez **Castán Vázquez** nos dice: "el deber de los padres de educar a los hijos es de Derecho natural. Básiase, al igual que la Patria Potestad misma, en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Como con Doctrina Tomista dice **García Hoz**, el padre, por ser principio de generación, es así mismo principio de educación para sus hijos. De ahí que los moralistas estudien la educación como un deber de los padres, Pero ese deber es.

⁶⁰ Zannoni, citado por Manuel F. Chávez Ascencio, La Familia en el Derecho - Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1987, 1a. Edición, pág. 294.

al propio tiempo un derecho. constituyendo así una de las funciones (poderes-deberes) integrantes de la Patria Potestad".⁶¹

Así en la educación del menor, en muchas ocasiones se necesita corregir, facultad que como ya se dijo antes, esta expresamente consignada en la Ley en favor de quienes ejercen la patria Potestad. Notese que la Ley dice corregir y no castigar, lo cual implica que los padres no pueden llegar a los golpes o amenazas en el trato hacia los menores.

Se refieren a la educación y corrección de los menores los artículos 413, 422 y 423 (ya transcrito) del Código Civil vigente, mismos que señalan.⁶²

ARTICULO 413.- La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los 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 en el Distrito Federal.

ARTICULO 422.- A las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

⁶¹ Castán Vázquez, citado por Manuel E. Chávez Ascencio, La Familia en el Derecho - Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, Ed. Porrúa, S.A. Mexico, 1987, 1a. Edición, pág. 294.

⁶² Código Civil Concordado, ob cit., pág. 78.

Este artículo nos dice que tiene que ser educado convenientemente, es decir, que debe darse esa educación según el sexo y la vocación, comprendiendo a su vez la educación física, moral y religiosa, así como también el buen ejemplo y testimonio de los padres. La ley exige que los padres observen buena conducta.

II. JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS RELACIONADAS.

SEPTIMA EPOCA.

INSTANCIA: TERCERA SALA.

FUENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

TOMO: 55 CUARTA PARTE.

PAGINA: 47.

PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.

La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Amparo directo-5391/72. Carlos Miguel Rocha Escudero. 12 de julio de 1973.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

OCTAVA EPOCA.

INSTANCIA: TERCERA SALA.

FUENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

TOMO: 1 PRIMERA PARTE-1

PAGINA: 330.

PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA.

La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vásquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagorda Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

Amparo directo 360170. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís.
Séptima Evoca, Volumen 30, Cuarta Parte, página 69.

Lo anterior es totalmente cierto, ya que es la única forma en que los padres podrían atender al cuidado de los menores, de lo contrario como se iba a poder vigilar su sano desarrollo o como poder atender debidamente a su educación.

SEPTIMA EPOCA.

INSTANCIA: TERCERA SALA.

FUENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

TOMO: 157-162 CUARTA PARTE.

PAGINA: 119.

PATRIA POTESTAD, EJERCICIO DE LA, DEBE OTORGARSE A LOS ABUELOS QUE DEMUESTREN INTERES EN EJERCERLA.

Si bien es cierto que la patria potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público, y por lo mismo irrenunciable, también lo es que si a quienes corresponde el ejercicio del derecho, que trae implícitas importantes obligaciones como son la custodia y cuidado de la persona de los menores y debida administración de sus bienes, además demuestran interés en ejercerlo, debe otorgárseles en contra de quien tiene la patria potestad sólo a consecuencia de un procedimiento de adopción que a virtud de un juicio constitucional quedó sin efecto, precisamente por no haberse llamado al mismo a las personas interesadas en ejercer el derecho.

Amparo directo 672/81. Raúl Méndez Medina y otra. 17 de junio de 1982.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

En efecto, porque la Patria Potestad proviene de la naturaleza misma, es por ello que no se podría preferir más a alguien que adopta a un menor, que a la persona que de acuerdo a la Ley y por razón de los lazos consanguíneos que los unen, le corresponde en primer término dicho ejercicio.

INSTANCIA: TERCERA SALA.

FUENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

EPOCA: 7A.

VOLUMEN: 103-108.

PAGINA: 159.

RUBRO: PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO UNICO DE LA.

TEXTO: Tratándose de conflicto entre padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la Patria Potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el Juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única Patria Potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación con el objeto de que el juzgador pueda conocer cual de los dos progenitores ha tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en que forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en que medida han estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan

importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de los menores con el objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y medicinas para cuidar su salud, y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden material, sino fundamentalmente en el orden espiritual. En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de su subsistencia, seguridad y educación y al que les presente un ambiente agradable para su formación con el objeto de que su proyección espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica; pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquellos, con el objeto de que no se deteriore su personalidad. Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias, que precisan los intereses de los hijos, para poder designar, en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 5412/74. Luz María Mendoza Arreguín. 28 de octubre de 1977, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

En efecto, no por el hecho de que uno de los progenitores tenga mayor

poder económico o se sienta con más derecho a ejercer la Patria Potestad sobre sus menores hijos, se debe suponer que va a ser quien mejor realice las obligaciones concernientes a la Patria Potestad, por lo que de hecho se debe tomar en cuenta todo lo que beneficie al menor tal y como lo estipula la tesis anterior.

SEPTIMA EPOCA.

INSTANCIA: TERCERA SALA.

FUENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

TOMO: 181-186 CUARTA PARTE.

PAGINA: 9.

ABUELOS, DERECHO Y OBLIGACIÓN DE LOS, A TENER RELACIONES CON SUS MENORES NIETOS.

Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación, de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se fundan no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre, relaciones que el citado reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como una de las personas que deben ejercer la patria

potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el juez aquo, sino que también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la norma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta al artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles, para determinar con ello la forma que más beneficio a los menores.

Amparo directo 2026/83. Constantino Díaz Villa. 4 de junio de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Como se puede observar de la lectura de la tesis anterior, se infiere que también se hace a un lado a los abuelos maternos, toda vez que sólo se menciona al abuelo paterno para que pueda ejercer junto con la madre la Patria Potestad, lo cual evidencia claramente a las leyes mexicanas como discriminatorias, en cuanto al sexo de las personas se refiere.

III. LA CONFUSA INTERPRETACION DE NUESTRA LEGISLACION AL RESPECTO.

La Patria Potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que señala la ley, es así como el legislador ha querido que la Patria Potestad se ejerza por los padres conjuntamente, y solamente como excepción, deje de ejercerla uno de ellos. Pero dicha Patria Potestad se prolonga a los abuelos paternos y a los maternos, de tal forma que al faltar unos entraran al ejercicio de la Patria Potestad los restantes. Con ello se quiere decir que sólo a falta de padres la relación jurídica se dará entre los abuelos y nietos.

La Patria potestad se ha dicho, implica un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros, pues en nuestro derecho ejercen la Patria Potestad el padre y la madre o los abuelos paternos o maternos. Sólo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte no pudieran ejercerla, lo hará el que quede.

Aunque, en cuanto a los terceros encontramos que en ocasiones la Patria Potestad puede delegarse, pero dicha delegación sólo puede hacerse a alguno de los que conjuntamente la debe de ejercer, bien sean los progenitores o los abuelos, aunque esa delegación jamás podría hacerse en forma total, ya que por tratarse de una función de orden público en beneficio del menor, sería tanto como renunciar a la Patria Potestad.

Lo que si es posible es una delegación parcial, y esto lo vemos muy comúnmente, ya que dentro del núcleo familiar alguno de los progenitores delega ciertos aspectos del ejercicio de la Patria Potestad en el otro, ya sea porque convive más con el menor o porque tiene mayor experiencia en su cuidado, sin haber un acuerdo de voluntades expreso entre progenitores o abuelos, es así como, en forma indirecta se delega en uno o en otro dicha Patria Potestad.

Pero volviendo al tema, decimos que la Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, y por el abuelo y la abuela maternos; así lo dice nuestro Código Civil vigente en su artículo 414 mismo que a la letra dice:⁶³

ARTICULO 414.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Esta responsabilidad solidaria del padre y la madre y de los abuelos paternos y maternos, surge en la *Ley Sobre Relaciones Familiares de 1817, expedida por Don Venustiano Carranza*. En el Código Civil de 1884, se establecía

⁶³ Ibidem, pág. 79.

que la Patria Potestad se ejercería en el orden que el artículo 366 marcaba, mismo que ponía en primer lugar al padre, después a la madre, luego al abuelo paterno y materno si no existían dichos abuelos, seguían la abuela paterna y posteriormente la materna.

En caso de muerte de alguno de los padres, es lógico que el otro progenitor ejerza la Patria Potestad teniendo a su vez la custodia del menor. Cuando ambos padres mueren, ejercerán la Patria Potestad y por consiguiente la custodia los demás ascendientes en el orden referido por el **artículo 414** ya transcrito, pero cuando se trata de hijos nacidos fuera de matrimonio donde los padres vivían juntos pero después se separaron, ejercerá la Patria Potestad en caso de que no se pongan de acuerdo sobre quien debe ejercerla, el progenitor que designe el Juez, así lo establece el artículo 417 mismo que dice:⁶⁴

ARTICULO 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de 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 intereses del hijo.

En este sentido cuando faltaren los padres, entraran a su ejercicio los demás ascendientes a que se refieren las **fracciones II y III del artículo 414** pero esto se hará en el orden que determine el Juez, así lo establece el **artículo 418** que

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 79.

dice:⁶⁵

ARTICULO 418.- A falta de padres, ejercerán la Patria Potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Pero también es necesario señalar la contradicción contenida en el artículo 420 del Código Civil vigente, ya que en su parte primera establece:⁶⁶

ARTICULO 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la Patria potestad los que sigan, en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la Patria Potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Así, mientras el artículo 418 señala que queda a criterio del juez quienes deben ejercerla en primer término, es decir, decidirá si entran a su ejercicio primero los abuelos paternos o los maternos, por otro lado el artículo 420 señala que deberá seguirse el orden establecido en los artículos anteriores, es decir, que nuevamente volveríamos a aplicar el orden establecido en el artículo 414.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 79.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 79.

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

Al respecto **Manuel F. Chávez Ascencio** nos señala "Para resolver esta contradicción, debemos tomar en cuenta los antecedentes legislativos, pues el **artículo 418** del Código Civil fue modificado. El original se refería al hijo reconocido y la primera parte del actual **artículo 418** del Código Civil es igual al derogado, sin hacer referencia al hijo reconocido. Se agregó el segundo párrafo al artículo que se comenta y se omitió mencionar al hijo reconocido.

Como se trata de dos disposiciones contrarias, para evitarlo, y reconociendo por los antecedentes legislativos que el **artículo 418** del Código Civil sólo se refería al hijo reconocido, podría pensarse que la nueva redacción aún cuando en ella no se mencione al reconocido, a él se refiere. Si optamos por esta interpretación, vemos que se trata en forma distinta el ejercicio de la Patria Potestad por los ascendientes, lo cual me parece no congruente, pues no siempre serán los abuelos paternos los más indicados para que suplan al padre y a la madre. Todo lo contrario, la experiencia nos dice que tienen más contacto con los nietos los abuelos maternos, pues la esposa tiende a llevarlos más con sus papas que con sus suegros. Por lo tanto, de acuerdo a la experiencia y fundándonos en que no debe haber distinción entre hijos en relación a su origen, debemos concluir que se cambió el criterio y en ambos casos trate de matrimonio o fuera de él, el Juez resolverá el orden tomando las circunstancias del caso, lo que confirma el hecho de haber suprimido del **artículo 418** la referencia al reconocimiento".⁶⁷

Desde luego que no coincido con la opinión del maestro **Manuel F.**

⁶⁷ Chávez Ascencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho*, ob. cit., pág. 262.

Chávez Ascencio, ya que si bien es cierto que el **artículo 418** del Código Civil fue modificado y anteriormente se incluía al hijo reconocido, también lo es el hecho de que hoy en día nuestro Código Civil Vigente no contiene esa parte y al no ser así no podemos echar a andar la imaginación pensando que el legislador quiso referirse al hijo reconocido, por lo que nuestra postura sigue siendo que el Código Civil vigente contiene varias contradicciones en lo que al Ejercicio de la Patria Potestad se refiere por los ascendientes, en este caso los abuelos por ambas líneas, en caso de que faltaran ambos padres.

Por eso es que proponemos que el **artículo 414** del Código Civil vigente sea derogado o en su caso reformado, para así evitar confusiones que nos lleven a que los ascendientes - en este caso los abuelos - entren en conflicto al no saber realmente quien, después de los padres, entrara en primer término al ejercicio de la Patria Potestad sobre sus nietos.

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 414 FRENTE AL 418 AMBOS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS QUE FUNDAN LA CONVENIENCIA DE LA REFORMA PROPUESTA.

Por ser de trascendencia social y con la finalidad de que sean aplicadas nuestras leyes en forma más equitativa y no en forma discriminativa, es por ello que pasamos a exponer los motivos que influyeron en nuestro ánimo para la realización de este estudio.

Sin temor a equivocarnos podemos decir que hoy en día resulta inútil tratar de aferrarnos a sentimientos puramente machistas, un tanto retrogradas, tratando de aplicar leyes que por su naturaleza y su efecto social debieron haber sido reformadas o derogadas en su momento oportuno.

Desde luego que esto no ha sido así, afectando con ello al núcleo principal de la sociedad que es la familia. En efecto es en la familia donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las fuerzas y virtudes que necesita el hombre para mantenerse saludable tanto física como mentalmente y así poder contribuir a que prospere la comunidad política en donde vive. El núcleo familiar,

es por así decirlo la base donde descansa toda sociedad.

De lo anterior se desprende, que siendo necesario que nuestra legislación tienda a proteger más a la familia en beneficio de la sociedad, es por ello que proponemos que el artículo 414 del Código Civil vigente sea reformado o derogado, por desprenderse del mismo y muy en especial de las fracciones II y III ciertos efectos que atacan a la familia y muy en particular al menor, pues es claro que en la actualidad en nuestros Tribunales de Justicia se presenta una confusión al tratar de aplicar dicho artículo a los juicios de Controversia del Orden Familiar, Guarda y Custodia, mismo que al ser aplicado siguiendo el orden establecido afecta más a los abuelos maternos que a los paternos, suscitándose desde luego una controversia que en ocasiones pone en riesgo la integridad de los ascendientes paternos y maternos como la del menor mismo.

Hemos observado que en muchas ocasiones, el menor resulta ser la manzana de la discordia por la posición en que lo coloca nuestro Código Civil Vigente, por lo que de ser reformado o en su caso derogado, quedaría al arbitrio del Juez de lo familiar la decisión de otorgarles la Patria Potestad a los ascendientes - abuelos - que crea o considere más sanos tanto física, moral y económicamente para ejercerla sobre el menor, esto tratándose de hijos nacidos de matrimonio.

Cosa que no sucede con los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que al decir del artículo 418 en relación con el artículo 417 ambos del Código Civil vigente, dicha Patria Potestad será ejercida a falta de padres, por los ascendientes en el orden que determine el Juez de lo familiar.

Desde nuestro muy particular punto de vista, es aquí donde surge la confusión y a su vez la idea de reformar el artículo 414 frente al 418 del Código Civil vigente dada la contradicción tan notoria en que entran uno y otro, ya que como se dijo anteriormente, mientras uno nos presenta un orden establecido, en el otro ese orden puede ser aplicado a juicio del Juez de lo Familiar, aplicando su más amplio criterio, tomando en consideración las condiciones tanto económicas, morales, afectivas y sociales, de los ascendientes que entran al ejercicio de la Patria Potestad, en caso de que el hijo haya nacido fuera de matrimonio y faltasen sus padres.

Mi opinión muy particular es que si se reforma el artículo 414 del Código Civil vigente, sería conveniente, pero más aún conveniente resultaría el hecho de que dicho artículo fuera derogado, por contener en mi opinión aspectos que dañan a la familia, quedando sólo el artículo 418 del Código Civil Vigente para regular dichos actos, claro esta incluyendo en el artículo 417 también del Código mencionado a los hijos nacidos de matrimonio. Con esto se evitarían muchos conflictos por los ascendientes en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad se refiere, en caso de que faltaran los padres, porque como hemos dicho, en el último de los casos son los abuelos maternos los más afectados por dicho ordenamiento, por el orden que se establece en el artículo 414 del Código Civil vigente.

Por tanto resulta más conveniente facultar al Juez de lo Familiar para que en cada caso concreto tome la determinación de otorgar el ejercicio de la Patria Potestad a los ascendientes que considere más aptos para desempeñar dicho cargo, claro esta, siempre y cuando se observen la honradez, la moral, el aspecto

económico, psicológico y social de los ascendientes llamados a ejercer dicha Patria Potestad.

Con esto confirmamos nuestra postura respecto a que sería más sano para todos y muy en especial para los que se llegaran a encontrar en cualquiera de las situaciones antes señaladas, que el artículo 414 del Código Civil vigente pudiera ser reformado o en su caso derogado.

Y por que no son los hermanos, ni los tíos, ni otro tipo de parientes los que pueden ejercer la Patria Potestad en primer término, sino que es el padre, la madre o los abuelos en ambas líneas los que preferentemente deben entrar a ejercerla, es por lo que debemos tener en cuenta el carácter tan importante que reviste el ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijo y en su caso sobre los nietos, ya que esto constituye la base fundamental de toda familia, en cuyo núcleo nacen todos los derechos y obligaciones inherentes a todos los que conforman esa célula, base fundamental también de toda sociedad.

Luego entonces, es de insistir que si nuestro Código Civil vigente ha quedado obsoleto en cuanto al artículo 414 ya comentado se refiere, reformarlo es bueno pero si el legislador lo considera más conveniente y previos los estudios a nivel núcleo familiar y en la práctica a los juzgados del orden familiar, se hace necesario derogarlo, por el bien de la familia y en general de toda la sociedad en su conjunto, ya que con ello se evitarían mayores conflictos en el futuro.

Además hay que recordar, que el derecho familiar tiene como finalidad,

entre otras cosas, poner las bases de la familia que formaran en el futuro nuestros hijos, por lo que es necesario insistir en que se reforme o derogue el ya tan comentado artículo 414 del Código Civil vigente, tratando con esto de evitar daños mayores y a su vez el choque generacional (conflictos entre padres e hijos o abuelos y nietos) que en la actualidad se esta dando.

Porque pensemos que hoy en día la situación familiar es distinta a la de hace dos o tres décadas y que si bien en el pasado el artículo ya comentado tenía vigencia, en la actualidad es bastante riesgoso sujetarse a la aplicabilidad del mismo, en razón de que ya resulta obsoleto y ha llegado el momento de reformarlo, por lo que se hace necesario emprender una reforma a fondo sobre dicho artículo, o en su caso y como ya se dijo se hace necesario derogarlo.

Pero en el caso de que se emprenda dicha reforma, hay que tomar en cuenta que el ser humano evoluciona, cambia, altera su medio humano, degrada su propia vida, además de que los valores humanos y las metas por alcanzar son distintas en todas las épocas de su vida, y una vez estudiadas todas estas etapas del ser humano, hacer esa reforma, que como volvemos repetir hoy en día la hacemos nuestra, con la única finalidad de que la ley sea más justa, alcanzando así a todos los seres que conforman la sociedad en su conjunto, sociedad de cambios constantes, y que por ende son seres humanos integrantes y a su vez creadores de ese núcleo tan importante como lo es la familia, base fundamental de la sociedad, que siendo la más importante es necesario protegerla por el bien de todos.

Ya dijimos que se hace necesario reformar el artículo 414 del Código

Civil vigente, o en su caso derogarlo, pero si esto último no sucede, es por lo que proponemos las reformas que más adelante se detallaran.

Pues bien, habiendo expuesto nuestra opinión sobre el tema que nos ocupa, se hace del todo necesario, plasmar el texto de las nuevas disposiciones legales que proponemos, no sin antes advertir a nuestro amable lector, que por no ser eruditos en la materia y por ser nuestro primer estudio, quizá para algunos resulte inapropiado o incompleto el texto de las mismas y para otros quizá resulten adecuadas al entorno jurídico en que vivimos, es por eso que lo dejamos a su sana crítica.

Pero desde este momento hacemos énfasis en que nuestra única intención a través de este estudio, era dejar sentadas las bases, por así decirlo, para que el Legislador pusiera más atención en los asuntos del orden familiar, no dejándolas a la deriva con el consiguiente daño que puede causar a los individuos que viven en sociedad y muy en especial a los menores de edad que ninguna culpa tienen de los errores de los mayores.

Es así como pretendemos que se proteja más a la familia que hoy por hoy es la piedra angular sobre cuyas bases descansa la sociedad en su conjunto.

Hecha esta aclaración pasamos a plasmar en este trabajo, los nuevos textos, que se pretendía formaran parte del contenido del articulado de nuestro Código Civil vigente, mismos que nacen de nuestra muy particular forma de pensar y nuestra quizá mínima práctica jurídica.

II. TEXTO DE LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SE PROPONIAN.

En caso de que fuera derogado el artículo 414 del Código Civil vigente, quedarían como sigue, las siguientes disposiciones relacionadas:

ARTICULO 417.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él, será ejercida en primer término por el padre y la madre, y a falta de estos será ejercida por los abuelos de una y otra línea en el orden que determine el Juez de lo Familiar, procurando el mayor bienestar del menor, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

Es evidente que la inclusión en este artículo de que la Patria Potestad será ejercida, en su caso, por los abuelos de una y otra línea en el orden que determine el Juez de lo Familiar, era para reforzar lo que se ya se había dicho en párrafos anteriores respecto a la discriminación que se hacía en el artículo 414 del Código Civil vigente, en cuanto al orden que debía observarse para el ejercicio de la Patria Potestad en caso de que faltaran los padres.

ARTICULO 418.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos, se separen, continuará ejerciendo la Patria Potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez de lo Familiar teniendo siempre en cuenta los intereses del menor.

En este caso, es claro que se le estaba otorgando al Juez de lo Familiar la facultad de decidir, en caso de que no se pusieran de acuerdo los progenitores, sobre quien de los dos iba a ejercer la Patria Potestad, claro esta que, con ello siempre se trato en este trabajo de preservar los intereses del menor por sobre todas las cosas.

En caso de que *no fuera derogado pero si reformado* el artículo 414 del Código Civil vigente, quedarían como sigue, las normas siguientes:

ARTICULO 414.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I. En primer término, por el padre y la madre.

II. Por los abuelos de una u otra línea en el orden que lo determine el Juez de lo Familiar, procurando el mayor bienestar del menor y tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

En esta propuesta de reforma, más que nada, se buscaba nuevamente incluir, a los abuelos de una u otra línea en el orden que determinara el Juez de lo Familiar para el ejercicio de la Patria Potestad en caso de que faltaran los padres, porque lo considerábamos más sano, toda vez que con ello se evitarían muchos conflictos en cuanto a quien de los abuelos debía entrar en primer término al ejercicio de ese derecho, por lo que considerábamos que el Juez de lo Familiar estaría en mejor posibilidad de determinar quien o quienes representan un mejor medio de vida para el menor, claro esta, no sólo observando la cuestión económica,

como ya se dijo antes, sino también las cuestiones morales, éticas, amorosas y sociales de las personas llamadas a ejercer dicha Patria Potestad. Esa posibilidad del Juez de lo Familiar de determinar quienes son los más aptos para desempeñar dicho encargo desde luego que se haría a través de diferentes estudios, tanto psicológicos, socioeconómicos, etc.

ARTICULO 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de 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 de lo Familiar, teniendo siempre en cuenta los intereses del menor.

ARTICULO 418.- A falta de padres, ejercerán la patria Potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refiere la **fracción II del artículo 414** de este ordenamiento.

Es decir, cabía jurídicamente facultar a los abuelos de una u otra línea en el orden que determinara el Juez de lo Familiar y no como lo señalaba el artículo 414 del Código Civil vigente que primero serían los abuelos paternos y después los maternos.

Como colofón tan es cierta la anterior aseveración, que precisamente cuando ya se había concluido el presente trabajo de tesis, se promulgó el actual texto de los artículos 414 y 418 del Código Sustantivo aludido en los siguientes términos:

ARTICULO 414.- La Patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los

padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la Patria Potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

ARTICULO 418.- Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la Patria Potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la Patria Potestad o por resolución judicial.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

1.- Considero que el triunfo o fracaso del matrimonio o del concubinato, descansa fundamentalmente en la habilidad y criterio de la pareja para disfrutar de la vida en común, luego entonces es necesario dejar en claro que a nadie debe dársele mayores privilegios o prerrogativas, en razón de su sexo, es decir, que nadie ya sea hombre o mujer puede ser discriminado por la ley.

2.- El artículo 4º de nuestra Carta Magna dice, que el varón y la mujer son iguales ante la ley, pero de la lectura del artículo 414 del Código Civil, se deducía que dicha igualdad no era aplicada cuando se legislaba, ya que como se podía observar, se daba prioridad al varón, dejando en segundo término a la mujer, en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad por los ascendientes.

3.- Mi propuesta original era, por tanto, que dicho artículo fuera reformado, con la única finalidad de que se protegiera más a la familia, y en especial al menor, y que esto sólo podía ser posible si se reformaba dicho artículo en donde tenía que quitarse ese orden preestablecido, lo cual ya aconteció como se puede observar en la reforma actual.

4.- Se trataba en el caso, de una reforma añorada, ya que resultaba imposible seguir aplicando a la vida actual un Código Civil que por si sólo resultaba obsoleto en lo que se refería a su artículo 414, por lo que considero que la reforma propuesta en este trabajo, hoy es una realidad.

5.- También consideré que deberían incluirse en el artículo 414 del Código Civil facultades al Juez de lo Familiar, al igual que se hacía con el siguiente artículo 418, ya que éste si las contenía, aunque solo cuando se trataba de hijos nacidos fuera de matrimonio, lo cual si lo contempla la reforma actual.

6.- No obstante, considero que esas facultades que se le otorgaron al Juez en la reforma actual deben quedar sujetas: *primero*, a que las aplique sólo en caso de que no se pongan de acuerdo los ascendientes por ambas líneas sobre quien debe ejercer la Patria Potestad sobre sus nietos, y, *segundo*, que previos los estudios psicológicos, socioeconómicos y de moral que se practique a los ascendientes, el Juez pueda aplicar dicha facultad, preservando siempre los intereses del menor.

7.- Más sin embargo, aunque por un lado proponía la reforma del artículo 414 del Código Civil, por otro, también era de la idea de que sería mejor derogarlo quedando comprendidos en el artículo 418 del ordenamiento citado, el ejercicio de la Patria Potestad por los ascendientes, tanto para los hijos nacidos de matrimonio como para los nacidos fuera de él, en caso de que faltaran los padres.

8.- Desde luego que mi propuesta, iba encaminada a proteger a ese núcleo tan importante como lo es la familia, con la única finalidad de fortalecerla aún más, con lo que se evitarían muchos conflictos entre los ascendientes por una y otra línea, lo que beneficiaría en gran medida a los menores.

9.- Por último, la pretensión a través de este trabajo, era que el legislador pusiera más atención al rubro de la familia en el contenido del articulado del Código Civil,

a fin de evitar conflictos intrafamiliares, pues mi propósito iba encaminado a que se protegiera con ello más a los menores de edad, que en este caso son los que se encontraban desprotegidos ante tales circunstancias.

Y en efecto el legislador se encargó de poner más énfasis en el rubro familiar, como lo podemos constatar con la sola lectura de los nuevos artículos 414 y 418 que se comentan, y aún más con la inclusión en nuestro Código Civil vigente de la materia de Violencia Intrafamiliar, a la cual hacemos referencia en el apéndice de este trabajo.

II. TEXTO DE LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SE PROPONIAN.

En caso de que fuera derogado el artículo 414 del Código Civil quedarían como sigue, las siguientes disposiciones relacionadas:

ARTICULO 417.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él, será ejercida en primer término por el padre y la madre, y a falta de estos será ejercida por los abuelos de una u otra línea, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, procurando el mayor bienestar del menor, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

ARTICULO 418.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuará ejerciendo la Patria Potestad, en caso de que no

se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez de lo Familiar, teniendo siempre en cuenta los intereses del menor.

En caso de que no fuera derogado pero si reformado el artículo 414 del Código Civil, quedarían como sigue, las normas siguientes:

ARTICULO 414.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I. En primer término, por el padre y la madre.

II. Por los abuelos de una u otra línea en el orden que lo determine el Juez de lo Familiar, procurando el mayor bienestar del menor y tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

ARTICULO 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos, se separen, continuará ejerciendo la patria Potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez de lo Familiar, teniendo siempre en cuenta los intereses del menor.

ARTICULO 418.- A falta de padres, ejercerán la Patria Potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refiere la fracción II del artículo 414 de este ordenamiento.

APENDICE

LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Es necesario mencionar que durante la investigación para la realización de la presente Tesis, nació una Ley llamada "Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar", que por guardar cierta relación con el trabajo aquí presentado, es necesario mencionarla, resaltando desde mi punto de vista, lo más elemental del contenido de dicha ley en este trabajo de tesis.

En efecto las reformas al Código Civil en materia familiar, fueron por demás afinadas en algunos aspectos, porque que como lo mencionamos, este trabajo, iba encaminado precisamente a coadyuvar para la reforma del Código Civil Vigente, que en la actualidad considerábamos obsoleto para ser aplicado como normatividad a una sociedad que constantemente esta sufriendo cambios, al igual que se ha modernizado, con toda la tecnología que se ha puesto en práctica, y que por mucho, era menester dotarla de un nuevo Código Civil que fuera acorde a la época en que vivimos.

Así, las reformas al Código Civil vigente han venido para bien, y se han recibido con mucho beneplácito por toda la sociedad, aunque no estemos totalmente de acuerdo con todo el contenido de dichas reformas, por considerar que en algunos artículos, y en especial de los artículos ya comentados en este trabajo y que forman

la espina medular del mismo (art. 414 y 418), a mi juicio no se dieron los elementos necesarios que se pretendían con la elaboración del presente trabajo, mismas que ya quedaron descritas.

Es claro que las reformas que se hicieron al Código Civil y en especial a las ya mencionadas de los artículos 414 y 418, más que afectar a la familia, la fortalecen y en resumidas cuentas es lo que se pretendía con la realización de esta Tesis. Es así, como la expedición de la Ley Sobre Violencia Intrafamiliar viene a apoyar todo lo referente a la Patria Potestad (claro esta, siempre y cuando se aplique en forma correcta), por lo que podemos en un futuro aspirar a tener una mejor sociedad, ya que como se explica en el contenido de este trabajo, la Familia, es la célula básica, misma sobre la cual descansa toda sociedad.

Ahora bien, es necesario recalcar, que la Violencia Intrafamiliar ha estado presente en todas las sociedades, desde tiempos muy remotos, y que por ello, la mujer había sido relegada siempre a segundo plano por el marido, al igual que se ha hecho con los menores de edad, mismos que en ocasiones no tienen voz ni voto dentro del seno familiar, y que por carecer de una Ley que los proteja realmente, es por lo que se ha abusado de ellos, creando con ello hombres que muchas de las veces son desadaptados sociales.

Por eso pensamos, que se tuvo a bien expedir dicha Ley, con el propósito de que ya no exista violencia al interior de la familia, es decir, en donde el padre ya no pueda golpear y maltratar a su esposa e hijos, tanto física como verbalmente, por el hecho de ser el varón y en muchos de los casos el sostén

económico de la familia. Porque de seguirlo haciendo, con esta Ley, se le va ha poder sancionar, tanto física como económicamente, ya que incluso, se le puede, privar de su libertad en caso de reincidencia o de acuerdo a la gravedad de sus acciones.

Al respecto es necesario transcribir lo dispuesto por el artículo 3° de dicha Ley en cuanto a la definición que nos da de violencia intrafamiliar :

Violencia Intrafamiliar: Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o la hayan tenido por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases.

En lo que se refiere a la violencia intrafamiliar de las disposiciones plasmadas en el Código Civil vigente que se encuentran muy relacionadas con la presente tesis, en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad se refiere, encontramos las siguientes, en los artículos que se transcriben:

ARTICULO 323 bis. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de

acuerdo con las leyes.

Esto sin duda es algo que el legislador no podía pasar por alto puesto que todo ser humano tiene derecho a que se le respete en su persona, guardándole con ello el respeto necesario para una mejor convivencia social.

ARTICULO 323-ter. Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física y moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

ARTICULO 444 bis. La patria Potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter de este Código, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CODIGO CIVIL DE 1870.
- 2.- CODIGO CIVIL DE 1884.
- 3.- CODIGO CIVIL DE 1828.
- 4.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.
- 5.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- 6.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.
- 7.- CODIGO CIVIL CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 8.- GUILLERMO FLORIS MARGADANT:
"DERECHO ROMANO, ED.ESFINGE, S.A., MEX., 1979"
- 9.- IGNACIO GALINDO GARFIAS:
"DERECHO CIVIL, 10a.EDICION, ED. PORRUA, S.A., MEXICO, 1990"
- 10.-RAFAEL ROJINA VILLEGAS:
"DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO I, INTRODUCCION Y PERSONAS, ED. PORRUA, S.A., MEX., 1982"
- 11.- RAFAEL ROJINA VILLEGAS:
"COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, TOMO I, MEXICO, 1980"
- 12.- ANTONIO DE IBARROLA:

"2° CURSO DE DERECHO CIVIL, 5A. EDICION, ED. PORRUA, MÉX., 1981"

13.- ANTONIO DE IBARROLA:

"DERECHOS DE FAMILIA, 2a. EDICION, ED. PORRUA, S.A., MÉX., 1981"

14.- MARCEL PLANIOL:

"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO I, ED. CAJCA, MÉX., 1980"

15.- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO:

"DERECHO CIVIL ESPAÑOL, 2a. EDICION, VALLADOLID, 1920"

16.- EDGAR BAQUEIRO ROJAS Y ROSALIA BUENROSTRO BÁEZ:

"DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES, ED. HARLA, MÉX., 1990"

17.- JORGE SANCHEZ AZCONA:

"FAMILIA Y SOCIEDAD, ED. U.N.A.M."

18.- AGUSTIN BRAVO GONZALEZ Y BEATRIZ BRAVO VALDEZ:

"PRIMER CURSO DE DERECHO ROMANO, ED. PAX-MEXICO, LIBRERIA CARLOS CESARMAN, S.A., 10a. EDICION, MEXICO, 1983"

19.- JORGE MARIO MAGALLON IBARRA:

"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO III, DERECHOS DE FAMILIA, ED. PORRUA, S.A., 1a. EDICION, MEXICO, 1988"

20.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO XXI, OPCÍ-PENI, ED. DRIS KILL, S.A.

21.- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, F. SEIX, TOMO XIX, PART-POLIZ.

22.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UTHEA, TOMO III, UNION TIPOGRAFICA, ED. HISPANO -AMERICANA, 2a. REIMPRESION, 1953, MEXICO, D.F.

23.- RAUL ORTIZ URQUIDI:

"CODIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAJACA. ED. PORRUA. MEXICO. 1973"

24.- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, EUROPEO-AMERICANA, TOMO VII, ED. ESPASA CALPE, MADRID.

25.- MANUEL F. CHAVEZ ASCENCIO:

"LA FAMILIA EN EL DERECHO -RELACIONES JURIDICAS PATERNO-FILIALES. ED. PORRUA. S.A. MEXICO. 1987. 1a. EDICION"

26.- LA SANTA BIBLIA, ED. UNILIT, 1994, 1a. EDICION, EXODO 20:12.

27.- LISANDRO CRUZ PONCE Y GABRIEL LEYVA:

"CODIGO CIVIL CONCORDADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. 1a. EDICION. ED. U.N.A.M. MEXICO. 1996"

28.- LIC. GABINO TREJO GUERRERO:

"CODIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. ED. SISTA. S.A. DE C.V., MEXICO. 1998"

29.- JULIAN GÜTTRON FUENTEVILLA:

"DERECHO FAMILIAR. ED. PROMOCIONES JURIDICAS Y CULTURALES S.C."

30.- ALBERTO F. SENIOR:

"SOCIOLOGIA. UNDECIMA EDICION. ED. PORRUA. S.A."

31.- RAUL LEMUS GARCIA:

"DERECHO ROMANO (COMPENDIO). ED. LIMSA. MEX., 1979"

INDICE

pág.

CAPITULADO.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

I. Concepto de la patria potestad.	1
Extinción de la patria potestad en Roma.	4
Derecho español.	9
En nuestro derecho positivo.	9
Suspensión de la patria potestad.	14
Pérdida de la patria potestad.	15
Extinción de la patria potestad.	16
II. Régimen legal de los titulares.	19
III. Confusión derivada del ejercicio simultaneo.	24
IV. Las funciones correlativas.	26

CAPITULO II.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR SUS TITULARES.

I. En el matrimonio..	38
II. En el concubinato.	46

CAPITULO III.

EFFECTOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS Y DE LOS NIETOS.

I. Conforme a la doctrina.	62
II. Jurisprudencia y ejecutorias relacionadas.	69
III. La confusa interpretación de nuestra legislación al respecto.	76

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 414 FRENTE AL 418 AMBOS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

I. Exposición de los motivos que fundan la conveniencia de la reforma propuesta.	82
II. Texto de las nuevas disposiciones legales que se proponían.	88

CONCLUSIONES.

APENDICE.

BIBLIOGRAFIA.