



"CONFUSIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y  
CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO  
DE MÉXICO, PROYECTO DE REFORMA".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA: MARTIN FLORES BOYSO

A S E S O R : LIC. LAURA VAZQUEZ ESTRADA

MEXICO, D.F.

269925

1999



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



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.

**AGRADECIMIENTO:**

**A MIS PADRES:**

**SERGIO FLORES PICHARDO.**

POR EL APOYO Y EL EMPUJE EN CADA MOMENTO DE MI EDUCACION PERSONAL Y PROFESIONAL, PARA QUE ALCANZARA UNO DE LOS TANTOS ANHELOS Y METAS QUE PRETENDO LOGRAR.

**HILDA BOYZO LOPEZ.**

POR EL APOYO, CONFIANZA Y OPORTUNIDAD QUE ME BRINDARON PARA QUE PUDIERA ALCANZAR UNA DE LAS HERENCIAS INVALUABLES, COMO TESTIMONIO DE APRECIO Y AGRADECIMIENTO.

A LA **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**,  
POR SU APOYO, EN CUANTO A LOS INSTRUMENTOS QUE  
HICIERON POSIBLE MI FORMACIÓN COMO PROFESIONISTA.

A MI ASESORA, LA **LICENCIADA LAURA VAZQUEZ  
ESTRADA**, POR SU ATENCIÓN, APOYO Y DEDICACIÓN EN LA  
PRESENTE TESIS.

**A MI NOVIA Y AMIGA:**

**CLAUDIA AZPILCUETA TRILLO.**

POR HABERME COMPRENDIDO Y SABER  
ESCUCHAR, EN LOS MALOS Y BUENOS  
MOMENTOS, QUE HEMOS PASADO JUNTOS DE  
NUESTRA ETAPA DE FORMACION PROFESIONAL Y  
COMO PERSONA.

**"CONFUSIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN  
CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, PROYECTO DE REFORMA".**

**I N D I C E**

**INTRODUCCIÓN.....1**

**CAPITULO I. Generalidades de la Patria Potestad.**

1.1. Conceptos.....3

1.2. Concepto legal.....6

1.3. Características.....9

1.4. La Patria Potestad en la Legislación Civil.....15

    1.4.1 Los sujetos.....15

        1.4.1.1. Hijos nacidos durante el  
                        matrimonio.....17

        1.4.1.2. Hijos nacidos fuera del  
                        matrimonio.....18

        1.4.1.3. Hijos adoptivos.....20

1.5. Efectos.....22

    1.5.1. Efectos de la patria potestad respecto de la  
                persona de los hijos.....22

1.5.2. Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.....	25
1.6. Causas de Pérdida, Suspensión y Extinción.....	31
1.6.1. Pérdida.....	31
1.6.2. Suspensión.....	36
1.6.3. Extinción.....	38
1.6.4. Limitaciones al ejercicio de la Patria Potestad.....	40

**CAPITULO II. La guarda y custodia.**

2.1. Concepto de custodia.....	42
2.2. Concepto de guarda.....	44
2.3. características y efectos de la guarda y custodia del menor no emancipado.....	46
2.4. La guarda y custodia de hijos dentro y fuera del matrimonio.....	53
2.5. La guarda y custodia de hijos de padres divorciados.....	57

**CAPITULO III** Contenido de los artículos 397, 362 y 363 del código  
Civil para el Estado de México.

3.1. Análisis.....	66
3.1.1. Análisis del artículo 397 del Código Civil para el Estado de México.....	66
3.1.2. Análisis del artículo 362 del Código Civil para el Estado de México.....	69
3.1.3. Análisis del artículo 363 del Código Civil para el Estado de México.....	76
3.2. Diferencias entre la guarda, custodia y la patria potestad.....	80
3.3 Confusión del legislador.....	84
3.4. Propuesta de modificación de los artículos 397, 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México.....	90
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>98.</b>



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

Me es satisfactorio el poder abordar este tema, ya que lo considero muy interesante dentro del campo del derecho, pues una de las finalidades de la conciencia profesional del abogado es velar por la exacta aplicación de la ley y especialmente en la legislación de índole familiar, pues uno de los aspectos de mayor importancia de la sociedad es el bienestar de los menores, por lo cual la legislación debe de salvaguardarlos de los problemas en los casos de divorcio y separación de los cónyuges, dentro o fuera del matrimonio; así como de decidir de la manera más correcta quien es la persona más capaz, ya se trate de cónyuges, abuelos o adoptantes, para el desempeño de las funciones que tiendan al buen desarrollo físico y mental del menor no emancipado. Así mismo al no establecer la legislación civil actual un apartado especial que regule lo relacionado a la Guarda y Custodia, considero oportuno el analizar el artículo 397, 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México, en virtud de que surge la confusión de los términos de patria potestad y custodia empleados en estos. Es aquí en donde surge mi inquietud de realizar este estudio como tema de la presente tesis.

Considero que la patria potestad es una figura, que de acuerdo a sus características es irrenunciable, por tal motivo los artículos 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México, utilizan a la mencionada institución de una manera análoga a la de custodia; siendo que la custodia es la tenencia física del menor no emancipado, que trae implícita el ejercicio de la patria potestad, pero de la legislación civil actual no se desprende tal diferencia, en virtud de que no hay un apartado

especial que retome la importancia de esta figura jurídica que es la custodia; por tal motivo se debe reformar y modificar los artículos 362 y 363 de la legislación antes mencionada, para que haya una precisa aplicación de estos dos términos jurídicos que son la patria potestad y custodia.

En el primer capítulo se hace referencia a las generalidades de la patria potestad, que dan diferentes estudiosos de la materia.

En el segundo capítulo se hace un estudio conceptual y general de las figuras jurídicas como son guarda y custodia, presentando las consecuencias jurídicas de los hijos, dentro y fuera del matrimonio y padres divorciados.

El tercer y último capítulo se presenta un análisis de los artículos 397, 362 y 363 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, siendo el primero de estos el que nos lleva al estudio específico de la propuesta de modificación a los artículos 362 y 363 por la confusión en el empleo de los términos jurídicos de la patria potestad y custodia.

## CAPITULO I

### GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.

#### 1.1 CONCEPTOS.

Etimológicamente la patria potestad procede del latín "patrius" patria, "patrium" lo relativo al padre; y de "potestas" la potestad, el poder<sup>1</sup>.

Por considerar la función del diccionario general como un elemento primordial para el esclarecimiento de dudas y establecimiento de definiciones se mencionará el primer concepto que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española y que dice: "Patria Potestad es la autoridad que los padres tienen con arreglo a las leyes, sobre hijos no emancipados."<sup>2</sup>

En el Diccionario de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, nos dice que la patria potestad es el: "Conjunto de derechos y deberes que a el padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados."<sup>3</sup>

Como se puede apreciar en esta definición se hace la distinción que hay entre el padre y la madre, tomando en cuenta, primeramente, al padre y en segundo término a la madre y esto se debe al año en que fue elaborada la ley que regía en ese sistema

<sup>1</sup> Diccionario Enciclopédico Abreviado, 7ª. Ed.; Madrid, Espasa-Calpe, 1957, T. VI, pp. 360.

<sup>2</sup> Diccionario De La Lengua Española De La Real Academia, de., Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p. 1055.

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual", Buenos Aires, Ed Arayú, 1954, T. III, p. 105.

jurídico, pero al ir evolucionado la sociedad mexicana, en nuestra actual legislación ya no es aplicable.

El tratadista Rafael de Pina, sobre la patria potestad menciona lo siguiente: "Conjunto de facultades - que supone también deberes - conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes."<sup>4</sup>

Los principales aspectos de la patria potestad son mencionados en esta definición, de una manera mucho más clara y a la vez más completa, dado que menciona a las terceras personas, cuando no hay padres, que son los abuelos y los adoptantes.

Por otro lado el maestro Marcel Pianiol dice que la patria potestad es: "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."<sup>5</sup>

Para los estudiosos, Edgar Baqueiro y Rosalia Buenrostro, la patria potestad "se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

---

<sup>4</sup> DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho", 7ª ed., México, Porrúa, 1978, p 300.

<sup>5</sup> PLANIOL, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", 12ª ed, México, Cajica; T. II, p 251.

Es por ello que se equipara a una función pública de aquí que por patria potestad debamos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones, conferidos 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 periodo.”<sup>6</sup>

El licenciado Ignacio Galindo Garfias, menciona que la patria potestad es: “La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. De esta manera, aquélla autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.”<sup>7</sup>

Como se puede observar, este autor habla de “autoridad atribuida a los padres”, pero no sólo habla de autoridad, sino también de una obligación que trae implícita la autoridad, ya que deben de cumplir con los deberes de los menores no emancipados; así mismo no se habla en esta definición de los abuelos y los adoptantes.

---

<sup>6</sup>BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalia, “Derecho de Familia y Sucesiones”. Editorial Harla. México, 1982, p.127

<sup>7</sup>GALINDO Garfias, Ignacio, “Derecho Civil”, 5ª. ed., México, Porrúa, 1983, p. 668.

## 1.2. CONCEPTO LEGAL

Ni en el Código Civil vigente para el Estado de México, ni en las anteriores legislaciones a 1928, se menciona en algún artículo una definición universal de la patria potestad, pero al estudiar el Código de dicha materia nos encontramos con elementos esenciales de dicha institución jurídica.

En el artículo 394 del Código Civil del Estado de México se menciona cuales son los sujetos pasivos de la relación existente entre los padres y los hijos al decir: "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes... "

El artículo 396 del Código Civil del Estado de México, menciona que, tratándose de los hijos de matrimonio, la patria potestad se ejerce:

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

En el artículo 397 del Código de la materia habla de los hijos nacidos fuera del matrimonio y maneja dos hipótesis:

La primera hipótesis indica que los progenitores han reconocido al hijo habido fuera del matrimonio y VIVEN JUNTOS,

ejercerán ambos la patria potestad. Y el segundo caso, en que los progenitores VIVAN SEPARADOS, en tal supuesto se observará lo dispuesto en los artículos 362 y 363. Los cuales serán objeto de la propuesta para la modificación parcial de dichos artículos, que se analizarán en su oportunidad.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerá únicamente las personas que los adopten, así es como se encuentran establecidos los sujetos activos de ésta institución.

El objeto de la institución abarca, tanto a la persona como a los bienes de los hijos, y su finalidad es la guarda, protección, educación y alimentación de los menores no emancipados.

Así mismo los elementos personales que intervienen en la relación paterno filial se dividen en los denominados sujetos activos, que son los padres que pueden ser naturales o adoptivos o los abuelos paternos o maternos; y los sujetos pasivos, que estos son nada más, los hijos menores de edad no emancipados.

Después de analizar los elementos legales y las diferentes concepciones puedo decir que la patria potestad es:

"la facultad y el deber que tienen ambos progenitores sobre el menor no emancipado ejerciendo la administración de la persona y los bienes del menor, logrando como objetivo

principal, una buena protección y educación para el buen desarrollo físico y mental del menor."



### 1.3. CARACTERISTICAS.

De los autores consultados se desprende que la patria potestad tiene las siguientes características.

1.3.1.- La institución de la Patria Potestad es de ORDEN PUBLICO, ya que en diversas disposiciones legales el legislador pretende que los ascendientes protejan, eduquen, alimenten, y administren los bienes de los hijos no emancipados, para su mejor desarrollo físico y mental, creando derechos - deberes y cuyo cumplimiento interesa a toda sociedad.

Así mismo, Sara Montero Duhalt dice que la patria potestad es de orden público ya que: "Es una institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable."<sup>8</sup>

1.3.2.-Tiene el carácter de IRRENUNCIABLE, porque los ascendientes no pueden renunciar a los deberes que les imponen las leyes, así se puede apreciar esta característica en la siguiente tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

---

<sup>8</sup> MONTERO Duhalt, Sara. "Derecho de Familia", 5º ed, México, Porrúa, 1992, p 343.

PATRIA POTESTAD, LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA.-... El cual es irrenunciable porque encuentra su fundamento en dos ideas fundamentales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad junto al elemento del poder jurídico un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6° del citado Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a ésta potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio del tercero, entendiéndose como orden público el conjunto de principios con arreglo a los

cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad..."<sup>9</sup>

Así mismo se establece en el artículo 430 del Código Civil para el Estado de México que determina "que la patria potestad no es renunciable..." y este se relaciona con el artículo 6° del mismo Código en cita que a la letra dice " ... Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público..."

1.3.3.-Es INTRANSFERIBLE porque todas las relaciones de índole familiar son de carácter personalísimo, ya que "La patria potestad, considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella. Excepcionalmente la patria potestad se transmite y es en el caso de la adopción. En efecto el artículo 385 del Código Civil establece que los derechos y las obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges. La patria potestad es intransmisible por la voluntad de los particulares, sólo puede transmitirse como

---

<sup>9</sup> Amparo directo 4434-73. Luis Correa Rosales. 15 de noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos.- ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. tercera sala, p. 50.

consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado.”<sup>10</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona lo siguiente:

“ INTRANSMISIBLE, LA PATRIA POTESTAD ES. Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, el carácter de interés o que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.”<sup>11</sup>

1.3.4.-Es IMPRESCRIPTIBLE, los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo, por lo tanto, si en determinado tiempo no se ha ejercitado dicho derecho éste no se pierde; así mismo, los derechos y obligaciones que nacen de esta institución no se adquieren ni se pierden por prescripción.

---

<sup>10</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit., p. 126.

<sup>11</sup> Semanario Judicial de la Federación, 6ª época. 2ª parte. Tomo XXIV. P. 381

1.3.5.-Así mismo, la patria potestad es de TRACTO SUCESIVO, debido a que se necesita de una conducta constante para que se cumpla con el objetivo de la institución, que consiste en proporcionar a los hijos menores de edad no emancipados la protección, educación, alimentación y administración de sus bienes para su mejor desarrollo físico y mental.

1.3.6.-Son derechos deberes TEMPORALES, debido a que los menores de edad al llegar a la mayoría de edad, o que estos se emancipen, salen de la patria potestad y esta obligación y facultad se extingue; característica que se ve plasmada en lo que dispone el artículo 425 del Código Civil para el Estado de México y que dispone: "la patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en que recaiga; II.- Con la emancipación derivada del matrimonio; III.- Por la mayor edad del hijo." Este artículo tiene relación con el artículo 623 del Código en materia que dice: " La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos", así como también el artículo 624 del Código Civil que nos dice: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

1.3.7.-Existe como excepción en la institución de la patria potestad, el artículo 430 del Código de la materia, en donde se establece, cuando podrá disculparse del cumplimiento de la Patria Potestad y estos casos son los siguientes:

1. Cuando tengan 70 años cumplidos;
2. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Esta característica menciona que la patria potestad, es una facultad que otorga la ley para aceptar o excusarse del ejercicio de ésta, en esta característica hay una dualidad jurídica, es decir, existe una obligación y el ejercicio de un derecho para excusarse. Por lo tanto, los padres y abuelos pueden seguir ejerciendo la patria potestad, aún en esas condiciones que señalan dichas fracciones, siempre y cuando se trate de beneficiar a los menores de edad no emancipados.

#### **1.4. LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACION CIVIL.**

La legislación civil establece derechos y obligaciones para que se cumpla el propósito de proteger y formar a los hijos no emancipados, y para lograr esto rige tanto al menor como también a los bienes del mismo. Por lo que se tratará los temas de: a) los sujetos, b) De los hijos nacidos durante el matrimonio, c) De los hijos nacidos fuera del matrimonio y d) De los hijos adoptivos.

##### **1.4.1. LOS SUJETOS:**

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos y pasivos. Los sujetos activos son los padres, los abuelos paternos, los abuelos maternos, o los adoptantes; mientras que los sujetos pasivos son los hijos menores de edad no emancipados nacidos dentro o fuera del matrimonio, o los adoptados.

La distinción que se aprecia, comparando las legislaciones civiles anteriores con la actual son, de que ya no fueron adoptadas las ideas de discriminación a los hijos naturales, que daba como consecuencia tratos desiguales, tanto civiles como sociales y jurídicos, por lo que consideraron los legisladores actuales, que la esencia de la relación filial de unos y otros, es que ya no se debería de atropellar más los derechos civiles, tales como el derecho de heredar de los ascendientes y demás familiares o el derecho a recibir alimentos, ya que la búsqueda de la realidad social destinada a ser regulada normativamente, enseñaba que no eran los hijos quienes debían sufrir las

consecuencias de un hecho en el que en forma alguna había intervenido.

Por lo que se borró la diferencia que había entre los hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio, por lo tanto, procuraron que unos y otros gozaran de los mismos derechos, ya que es una injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, que sean privados de los derechos, únicamente porque no nacieron dentro del matrimonio, de lo cual ellos no tienen ninguna culpa.

Así mismo, Galindo Garfias dice: "En el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprenden el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia. Y por lo que toca a quienes ejercen esa autoridad sobre los descendientes, encontramos que los deberes primordiales que se impone a los padres o ascendientes son: a)el cuidado y guarda de los hijos; b)la dirección de su educación; c)el poder de corregir y castigarlos; d)la obligación de proveer a su mantenimiento; e)la representación legal de la persona del menor, y f)la administración de los bienes del menor".<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> GALINDO, Garfias Ignacio Op. Cit., p 678



#### **1.4.1.1. DE LOS HIJOS NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.**

El artículo 396 del Código Civil para el Estado de México señala a las personas obligadas a ejercer la Patria Potestad sobre los hijos nacidos dentro del matrimonio, y su línea sucesoria, así pues la ejercerán:

- a) El padre y la madre;
- b) Los abuelos paternos, y
- c) Los abuelos maternos.

Es por este artículo que la Patria Potestad será ejercida por ambos padres o, en su defecto por los abuelos paternos o los abuelos maternos.

Por otro lado, el artículo 402 a la letra dice:

"Solamente por falta o por 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." Esto por cuanto a hijos de matrimonio.

Así lo dispone el artículo 400 del Código Civil para el Estado de México:

"A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refiere las fracciones II y III del artículo 396."

#### 1.4.1.2.- DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO.

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 397 del Código Civil para el Estado de México dice, si los dos progenitores que han reconocido al hijo habido fuera del matrimonio VIVEN JUNTOS, ambos ejercerán la patria potestad; y en caso de que VIVAN SEPARADOS, remite a los artículos 362 y 363 que habla de la patria potestad en lugar de utilizar el término de **CUSTODIA** y que este va a ser el objeto de nuestro análisis y propuesta, para mayor entendimiento los artículos mencionados se transcriben agregándose entre paréntesis el término correcto.

Artículo 362.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; (**custodia**) y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

El artículo 362 prevé el supuesto del reconocimiento simultáneo, mientras que el 363 se refiere al reconocimiento sucesivo.

Artículo 363.- "En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad (**custodia**) el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Como lo mencioné en párrafos que anteceden a este, estos dos artículos serán objeto de análisis, dado que estos artículos son materia de nuestro estudio y propuesta de corrección.

#### 1.4.1.3. DE LOS HIJOS ADOPTIVOS.

En cuanto a los hijos adoptivos es necesario mencionar el concepto legal para entender la consecuencia jurídica que surge por ésta y entre los sujetos que intervienen en ella. Sara Montero Duhalt conceptualiza a la adopción como: "la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo.

Otras instituciones familiares, el matrimonio por ejemplo y la adopción, solamente ocurren como actos jurídicos, es decir, requieren forzosamente, de la expresión de voluntad de los sujetos que van a recibir sus consecuencias. Es indudablemente la adopción, un acto jurídico en el que confluyen varias voluntades: "La del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y de la voluntad de la autoridad que decreta la adopción."<sup>13</sup>

La institución de la patria potestad también nace, por la relación entre adoptante y adoptado y ésta es ejercida por el adoptante respecto del adoptado, tal como lo señala el artículo 401 del Código Civil para el Estado de México.

Es necesario hacer mención del contenido de los siguientes preceptos legales:

---

<sup>13</sup> MONTERO Duhalt, Sara. P 320-323.

Artículo 384.- "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 143."

Artículo 385.- "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo."

Artículo 378.- "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo."

Por lo tanto, en la relación del adoptante y el adoptado respecto de la patria potestad, se guía por la mismas reglas que para el hijo, con la diferencia de que la institución en estudio en el caso de la adopción se extingue en perjuicio de los parientes consanguíneos del adoptado.

## **1.5. EFECTOS.**

En el Código Civil del Estado de México la Patria Potestad se encuentra dividida en tres puntos y estos son: a) De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos; b) De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos y c) De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, por tal motivo nosotros seguiremos este orden, pero primero analizaremos quienes son los sujetos que participan en la relación jurídica de la institución en estudio.

### **1.5.1. LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.**

Con respecto a los efectos sobre la persona del hijo, Ignacio Galindo Garfias dice que: "para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos: A) Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna; B) De educarlos convenientemente; C) Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; D) Quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella; E) El domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto."<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. P.678-679.

Por consiguiente, los derechos y obligaciones que afectan a la persona del menor no emancipado son.

En primer término, para los sometidos a la patria potestad hay una obligación de respeto y obediencia, establecido en el artículo 393 del Código Civil para el Estado de México y que señala:

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

Esta obligación, no se extingue al terminar la patria potestad pues es algo que nace con él, al hecho mismo de la procreación.

En segundo término, la patria potestad obliga a los ascendientes a suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna.

Esta obligación de proveer alimentos al hijo, es un deber que nace de la relación de parentesco, ya que no nace únicamente entre los sujetos relacionados por la patria potestad aunque estos sean los principales que tienen este deber, sino que también tienen dicha obligación, los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado. Además, este deber no desaparece por la mayoría de edad del hijo, sino que va a subsistir mientras exista la relación necesidad - posibilidad.

Esta obligación la encontramos en el Capítulo II del Título Sexto del Libro Primero del Código Civil en su artículo 286 que señala:

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

Cabe aclarar que es recíproca.

Por otra parte, los ascendientes tienen la obligación legal de educarlos, esto es, el deber de formar hombres de provecho social, y para cumplir con esta responsabilidad social y moral, la ley otorga a los ascendientes que ejercen la patria potestad, las facultades de corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada.

Es visto comúnmente que los padres puedan aplicar a sus hijos castigos a fin de que se sometan a su autoridad, pero siempre y cuando vaya en beneficio a la formación físico y mental del menor no emancipado y de la familia.

Se ha observado frecuentemente, el abuso de este derecho que acarrea consecuencias jurídicas desagradables para los ascendientes titulares de la patria potestad establecidas en el artículo 242 del Código Penal para el Estado de México, que a la letra dice:



"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

Para facilitar el desempeño de sus facultades en el cumplimiento de sus obligaciones que la patria potestad les impone a los ascendientes, la ley obliga a los menores de edad no emancipados a vivir en el domicilio de quienes la ejerzan, salvo la excepción de que ellos lo permitan o por decreto de la autoridad competente.

Es difícil dividir entre las facultades y las obligaciones que impone la patria potestad, ya que están íntimamente ligadas las unas de las otras. Por lo tanto, para educar convenientemente al menor no emancipado y que cumplan los ascendientes con estas obligaciones, se debe de tener correlativamente la facultad de corregirlo ligeramente para que entiendan los menores de edad, así mismo, esta obligación de educar a los menores de edad se relaciona mucho con la facultad de guarda y custodia, relacionándolo a su vez con la obligación y el derecho del menor de no abandonar el domicilio de sus ascendientes a cuya patria potestad se encuentra sometido.

#### **1.5.2. LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.**

Como se ha manifestado anteriormente, la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, quienes en tanto

no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Si la institución de la patria potestad se ejerce conjuntamente por los cónyuges, es decir, por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela paternos y/o maternos, o por los adoptantes, el administrador de los bienes del menor será nombrado de mutuo acuerdo, pero en sus decisiones consultará siempre a su consorte y en los actos más importantes requerirá su consentimiento expreso. (Art. 426 del Código Civil para el Estado de México).

Los bienes del menor se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquier otra forma. De acuerdo con esta división, la legislación civil le da diversos tratamientos a unos y otros.

En cuanto a los bienes que adquiere por su trabajo, los que ejercen la patria potestad no tienen ningún derecho sobre ellos, le corresponde al menor en plenitud la propiedad, la administración y el usufructo sobre ellos.

Respecto de los bienes que el menor haya adquirido por medios diferentes a su trabajo, por citar un ejemplo por herencia, legado, donación, etcétera; la propiedad y la mitad del usufructo le pertenece al menor, mientras que la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a quienes ejercen sobre él la patria potestad. Cabe hacer la aclaración de que quien le herede, leque o done, puede excluir a estas personas del

usufructo de los bienes objetos del acto jurídico de que se trate.

Hay una excepción que señala la legislación civil en donde menciona que el padre no puede disfrutar del usufructo ni tener la administración de los bienes que el menor adquiere por herencia, y éste se encuentra previsto en el Libro Tercero, Título Segundo, Capítulo Tercero de la Capacidad para Heredar dispuesto por el artículo 1169 del Código Civil para el Estado de México:

“En los casos de intestado, los descendientes del incapaz de heredar conforme al artículo 1165, heredarán al autor de la sucesión, no debiendo ser excluidos por la falta de su padre; pero éste no puede, en ningún caso, tener en los bienes de la sucesión, el usufructo, ni la administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos.”

Así mismo, los padres pueden renunciar a la mitad del usufructo que les corresponde, y ésta se toma como donación.

Las causas por las cuales se extingue el derecho de usufructo en comento, se encuentran enumeradas en el artículo 420:

“El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la patria potestad;
- III. Por renuncia."

La ley nos habla de que el hijo menor ya emancipado tiene la administración de sus bienes; pero, tiene restricciones para enajenar, gravar, o hipotecar bienes raíces.

Esta restricción se encuentra prevista en el artículo 620:

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

- I. De la autorización judicial para la enajenación gravamen o hipoteca de bienes o raíces;
- II. De un tutor para negocios judiciales."

El tener la administración de todos los bienes del menor por parte del ascendiente que ejerce la patria potestad no da la libertad para que éste pueda disponer sin limitación alguna de los mismos, ya que la facultad de administrar, tratándose de la patria potestad, implica una obligación que es la conservación de los bienes, esta es la razón por la cual se necesita la autorización del juez de lo familiar para que los ascendientes que ejercen la patria potestad puedan enajenar o gravar de alguna forma los bienes del menor y para poder realizar estos actos se

necesita probar la absoluta necesidad y que va a presentar un beneficio para el menor.

La facultad de los ascendientes que ejercen la patria potestad respecto de los bienes del menor no emancipado, se encuentra limitada en los artículos 418 y 419 del Código Civil para el Estado de México y se encuentra de la siguiente forma:

Art. 418.- "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar, de ningún modo, los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente..."

No pueden:

- 1) Celebrar contratos de arrendamiento por mas de cinco años;
- 2) Recibir renta anticipada por más de dos años;
- 3) Vender valores comerciales, industriales, títulos de ventas, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta;
- 4) Hacer donaciones;
- 5) Renunciar los derechos de los menores.

Por lo tanto, los que ejercen la patria potestad sobre el menor, únicamente tendrán facultad de administración, sin poder disponer arbitrariamente de los bienes de sus hijos.

Por último, cabe señalar que las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de los bienes de los hijos, del mismo modo, los jueces están facultados para tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, que los bienes del hijo se derrochen o disminuyan, y ésta protección deberá ser solicitada por las personas interesadas, por el menor cuando hubiere cumplido 14 años o por el Ministerio Público en todo caso.

Cuando los menores de edad se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, los bienes y los frutos que adquirieron, deberán ser entregados a estos por los que ejercieron a favor de estos la patria potestad, del mismo modo estos tienen la obligación de responder por los daños y perjuicios que causen al menor por la mala administración de los bienes de éste, no olvidando el deber primordial que es la conservación de los bienes del sujeto a la patria potestad, por lo tanto deberá responder el administrador por los daños que le cause a los intereses del menor.

## **1.6. CAUSAS DE PÉRDIDA, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN.**

En la Legislación Civil para el Estado de México se establece que la patria potestad puede terminar, perderse o suspenderse. También los tratadistas hablan de este tema, así pues Rafael Pina nos dice: "La patria potestad se acaba cuando, si acto culpable de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir; se pierde cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación, y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la pueden seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión."<sup>15</sup>

### **1.6.1. PÉRDIDA.**

La pérdida de la patria potestad, es una forma de extinción relativa, pues la institución no desaparece, y si la pierde quien la ejerce a manera de una sanción, como a resultas de ser condenado en los casos señalados por la ley. En los casos de pérdida de la patria potestad, los derechos que son afectados no desaparecen lisa y llanamente, sino que son sustituidos bajo distintas formas según el caso concreto y lo previsto por la legislación.

El maestro Ignacio Galindo Garfias dice que "la patria potestad se pierde: a) Por sentencia judicial que condene al ascendiente que corresponde, a perder su ejercicio o cuando es

---

<sup>15</sup> De Pina, Rafael. "DERECHO CIVIL MEXICANO", 2ª. ed., México, Porrúa, 1983, Vol. I, p.381.

condenado dos o más veces por delitos graves. b) Como efecto de una sentencia de divorcio donde se dispone que los hijos deben quedar bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. c) Por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos, exposición o abandono de los hijos por más de seis meses, en los que la seguridad o la moralidad de éstos queda comprometida. d) Por la ausencia por más de seis meses, de uno de los cónyuges.”<sup>16</sup>

Nuestro Código Civil vigente para el Estado de México norma la pérdida de la patria potestad en sus artículos 426 a 428; el primero de ellos dispone los siguientes supuestos de pérdida:

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.

Aquí nos encontramos con la facultad discrecional del juez prevista en el artículo 242 del Código Penal para el Estado de México para decretar la pérdida al derecho de ejercer la patria potestad. Así mismo, nos menciona el caso de los delitos, que para decretar dicha pérdida es necesario que la persona de que se trate haya sido condenada dos o más veces por los delitos calificados como graves por la ley penal.

Lo anterior se relaciona con los artículos 211 y 212 del Código Penal para el Estado de México, que establecen la prohibición de emplear a menores de 18 años en cantinas, tabernas, etc., aplicándoles no sólo a los que los empleen sino

---

<sup>16</sup> GALINDO Garfias, Ignacio Op. Cit., p. 686



también a los padres o tutores que lo consientan; esta sanción se aumentará con la privación del derecho de la patria potestad cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor.

El mismo ordenamiento penal sanciona el abandono de un niño incapaz de cuidarse con la pérdida de la patria potestad si el ascendiente es el sujeto activo del delito: de igual modo se encuentra previsto el abandono injustificado y la entrega ilegítima a un tercero para su custodia definitiva en los artículos 225 y 226.

II. "En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo el artículo 267;"

Este artículo 267 se refiere a las facultades que tiene el juez de lo familiar que conoció del juicio de divorcio para que en la sentencia que en dicho juicio se emita, resuelva sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, según sea el caso.

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

Con respecto a este supuesto, cuando se demanda la pérdida de la patria potestad en contra de alguno de los que ejercen, es necesario justificar el peligro de corrupción que existe en perjuicio del que está sujeto a la patria potestad, ya que no se puede afirmar que se da la conducta depravada, cuando la costumbre que se le imputa al acusado haya acontecido con anterioridad al nacimiento del hijo y no se hayan seguido repitiendo con posterioridad al alumbramiento, precisamente por no haber nacido éste no pudo ser mal educado, por lo tanto para que se de esta hipótesis se debe comprobar que hubo conducta depravada cuando el menor de edad ya existía jurídicamente.

IV. "Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada, para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles."

Esta fracción atiende al incumplimiento por parte de los padres de los deberes más elementales respecto de la persona de los hijos, esto es el atender a las necesidades básicas fundamentales de éstos - casa, vestido, sustento y asistencia en casos de enfermedad- señaladas por los artículos 286 y 291 del Código Civil para el Estado de México.

Las causas de pérdida de la patria potestad que señala el Código Civil son de estricta aplicación, por lo que no se puede condenar a la pérdida de éste derecho por simple analogía ni por

mayoría de razón así se puede observar en los criterios de jurisprudencia que se citan a continuación:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.- Las disposiciones que contiene la ley civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas, y no ejemplificativas, por lo cual para que el juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo en algún dispositivo de la ley."<sup>17</sup>

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.- La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres, y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que sólo cuando haya quedado una de ellas de modo indiscutible se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de

---

<sup>17</sup> Amparo Directo 5041/76. María Hernández Guzmán Vda. de Morales. 3 de Octubre de 1977. 5 votos.-Ponente; J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977. Tercera Sala, p. 126.

sanción trascendental que repercute en los hijos menores.”<sup>18</sup>

### **1.6.2. SUSPENSIÓN.**

De acuerdo con el artículo 429 del Código Civil para el Estado de México la patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma, y
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.”

En la primera fracción de este artículo podemos observar que la causa de la suspensión se debe a que la persona que ejerce la patria potestad es declarado por sentencia ejecutoriada, por que es incapaz en los términos del artículo 432 del Código Civil para el Estado de México. La suspensión debe durar hasta que desaparezca la causa que la originó, debiendo ser motivo de una resolución judicial la desaparición de la causa.

Cabe mencionar lo que nos dice el artículo 446:

---

<sup>18</sup> Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de abril de 1970. 5 votos.- Ponente; Raúl Cuevas Wantecon. Secretario: Gabriel Santos Ayala. Informe 1978. Tercera Sala. No. 108, p. 71.

"los hijos menores de un incapacitado quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se le proveerá de tutor."

Galindo Garfias dice que debe entenderse por ausencia "el suspenso respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante."<sup>19</sup>

En cuanto a la segunda causa de suspensión, ésta proviene de la desaparición del lugar de su residencia y el desconocimiento de una persona, transcurridos los plazos señalados por la ley sustantiva de la materia. Las circunstancias de desaparición del lugar de residencia de una persona y el desconocimiento de su paradero produce la declaración de ausencia, y por ende, la suspensión de la potestad paterna.

De la fracción III, del artículo 429, se puede decir que la sentencia condenatoria se refiere a los casos de divorcio, dado que el artículo 267 del código Civil dispone que el tribunal decidirá sobre los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad según su arbitrio. Además cabe en esta fracción mencionar la supuesta comisión de un delito que no se es grave, pero sin embargo, puede ser sancionada por el juez condenando a la suspensión del ejercicio de la patria potestad o cuando se demande esa suspensión en vía aparte del divorcio.

---

<sup>19</sup> GALINDO Garfias, Ignacio. Op Cit. p.685.

### 1.6.3. LA EXTINCIÓN.

De conformidad con el artículo 425 del Código Civil para el Estado de México, se puede decir que la patria potestad se extingue por tres causas que son:

1. "Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
2. Con la emancipación derivada del matrimonio;
3. Por la mayoría de edad del hijo."

Así mismo, Ignacio Galindo Garfias señala que "la patria potestad se extingue por las siguientes causas: a) Cuando el hijo alcance la mayoría de edad; b) Por muerte del hijo. c) Porque no haya ascendientes en quienes recaiga la patria potestad."<sup>20</sup>

La primera causa es consecuencia de un hecho natural del que pierde la vida, pues al dejar de existir el sujeto activo de ella, aquella se acaba. La segunda causa viene a consecuencia de un acto jurídico, como lo es el matrimonio y que origina la emancipación del menor, liberándolo de la patria potestad y haciéndolo capaz de que por sí mismo administre sus bienes que adquiere con algunas limitaciones como son las de enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. La tercera causa se debe a un hecho natural, que es la mayoría de edad que supone la aptitud del sujeto de manejarse por sí mismo y de disponer libremente de sus bienes y su persona.

---

<sup>20</sup> Ibidem.

Aquí la patria potestad desaparece de una manera absoluta y ya no podrá renacer y se extingue la institución misma sobre el menor; sin embargo, en el primer caso que se cita, aparece la figura de la tutela.

En el caso tercero, cabe mencionar que en el supuesto de que el matrimonio del menor se disuelva, ello no dará lugar a que surja nuevamente la patria potestad, y así lo dispone el artículo 618 del Código Civil:

“El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.”

En los casos que anteriormente se han mencionado, nos encontramos con que en algunas situaciones la patria potestad se pierde o se suspende.

#### 1.6.4. LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La institución en materia, por la gran amplitud de derechos y obligaciones que presenta, se puede limitar su ejercicio por decisión judicial, ya sea por causa de divorcio en los términos del artículo 267 o para evitar conflictos de orden familiar.

Se pueden limitar una o varias de las facultades de la patria potestad, pero no las obligaciones, ya que no se puede eximir del cumplimiento de ellas. Así se demuestra por el criterio jurisprudencial del Estado de Veracruz y que señala:

"PATRIA POTESTAD, SUSPENSION DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE.- La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc., cuando por virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código



Civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende como puede ser la privación de la guarda o custodia de los menores de la facultad de decidir relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado."<sup>21</sup>.

Así mismo, como se ha visto con este criterio jurisprudencial sólo se puede suspender algunos derechos y facultades a criterio del juzgador por causas graves que él considere, pero no se le puede suspender este derecho a los demás ascendientes dado que el menor se quedaría sin protección alguna y como la patria potestad es de orden público, la sociedad, por medio de los legisladores preve el bienestar del menor para su óptimo desarrollo social, por lo tanto la ley no permite el dejar a un menor sin satisfacer sus necesidades inherentes para su buena formación como persona dentro de una sociedad que requiere mas personas de bien que indigentes.

---

<sup>21</sup> Amparo Directo 2078/74. Víctor Manuel Martínez Fernández. 15 de Agosto. de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta. Boletín Año II. Agosto, 1975, Núm. 20. Tercera Sala, p. 61.

## CAPITULO II

### LA GUARDA Y CUSTODIA.

#### 2.1. CONCEPTO DE CUSTODIA.

La palabra custodia "proviene del latín "custos", que significa Guardar o guardián y éste a su vez, se deriva del verbo "Curtos", que es una forma derivativa del verbo "Curare", que quiere decir cuidar, por lo tanto, atendiendo a su origen y raíces, la palabra custodia se refiere a la acción y efecto de cuidar, de custodiar, de guardar con cuidado alguna cosa."<sup>1</sup>

Por otra parte, el maestro Manuel Chávez Asencio, expresa que la custodia es "la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no sólo se limita a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha."<sup>2</sup>

Abouhamad Hobaica, conceptualiza a la custodia de la siguiente manera: "Se entiende por guarda, etimológicamente, el cuidado, la conservación de la cosa. Trasladada esta aceptación al derecho de familia adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, dirección y vigilancia de los menores en el lugar

---

<sup>1</sup>Carrera Maldonado, María. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II. Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 383

<sup>2</sup>Chávez Asencio, Manuel, "La Familia en el derecho", 1ª edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 257.

escogido por los padres, en interés del hijo y en interés público.”<sup>3</sup>

De las concepciones antes descritas se puede decir que la custodia es la obligación que tienen todas aquellas personas que ejercen la patria potestad, y que éstos, no solo van a convivir y vigilar, sino que van atender todas sus necesidades inherentes, para el mejor desarrollo físico y mental del menor no emancipado en virtud de que se tiene la posesión física del menor; así mismo estos objetivos lo llevan acabo los tutores en el cumplimiento de sus obligaciones.

---

<sup>3</sup> Abouhamad Hobalca, Chibly, "El juicio sobre el Derecho de Guarda", Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Año XXIII, Abril-Junio, 1960, No. 112, p. 20

## 2.2. CONCEPTO DE GUARDA.

Por su importancia en el diccionario jurídico el concepto de GUARDA JURÍDICA es, "la obligación impuesta por la ley, de cuidar una cosa, o sea, de impedir que ella pueda ocasionar una lesión, interesando poco que aquel sobre quien gravita esa obligación tenga o no la cosa bajo su acción, que ejerza o no sobre la misma un poder de hecho."<sup>4</sup>

La enciclopedia jurídica OMEBA, establece que la guarda jurídica es, "la obligación, impuesta por la ley, de cuidar una cosa, o sea, de impedir que ella pueda ocasionar una lesión, interesando poco que aquel sobre quien gravita esa obligación tenga o no la cosa bajo su acción; que ejerza o no sobre la misma un poder de hecho: desde el momento que la ley pone a su cargo la obligación de cuidar, ello es suficiente y por ello queda constreñido al resarcimiento. Por lo tanto, la guarda jurídica implica una verdadera facultad de vigilancia o custodia sobre la cosa."<sup>5</sup>

Planiol y Ripert nos dicen en un sentido amplio, "la guarda del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, excepción hecha del derecho de hacerlo encarcelar. En sentido estricto, comprende el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres."<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Garrone, a José, "Diccionario Jurídico", Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 217.

<sup>5</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, Edic. Argentina, 1979, p.407.

<sup>6</sup> Planiol, Marcel y Jorge Ripert. "Tratado Practico de Derecho Civil Francés"(Trad. Mateo Diaz Cruz), La Habana, Edit. Cultural, 1964, Tomo I, p. 312.

El derecho de guarda es el derecho que asiste al padre para conservar a su hijo al lado, vigilarlo, educarlo y, en general, atender a su buena formación física, intelectual y moral. Así mismo esta institución es un derecho y una obligación que constituye el anverso y el reverso de una misma realidad.

Zannoni Eduardo, conceptualiza a la guarda como: "los contenidos personales o deberes-derechos personales que la patria potestad importa y esto se traduce en la guarda."<sup>7</sup>

Una vez analizadas las diferentes concepciones sobre guarda y custodia se puede decir que la guarda y custodia es:

"La facultad y la obligación que tiene el padre o la madre de contar con la tenencia de su hijo menor para poderlo cuidar, proteger y educar convenientemente para su buen desarrollo."

---

<sup>7</sup>ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil", ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989, p. 711.

## **2.3. CARACTERISTICAS Y EFECTOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR NO EMANCIPADO.**

Este derecho pretende el bienestar del infante que es el elemento predominante en la determinación de la custodia, así mismo tiene como base la instrucción y corrección del menor no emancipado.

Sobre las características podemos decir:

2.3.1.- Que es un derecho renunciable, pero con sus limitantes, ya que cualquier persona a la que se otorgue la custodia de un menor puede renunciar o excusarse de su cumplimiento, pero esta renuncia estará limitada estrictamente por los intereses del menor de cuya guarda se trate.

Estas necesidades deberán estar protegidas por el juzgador o, en su caso, por el legislador ante la irresponsabilidad de los padres o de aquellos en quien recaiga la custodia de los menores.

2.3.2.- Las decisiones judiciales sobre la custodia no pueden ser definitivas porque la misma naturaleza de la institución así lo exige, es decir, que son modificables y deben serlo en atención a sus necesidades e intereses del menor.

La custodia es uno de los principales derechos, si no es que el más importante dentro de los atributos en el ejercicio de la patria potestad correspondiente a los padres. El derecho de guarda concede a su titular el derecho de instrucción y corrección en la persona del hijo, es decir, la facultad de imponer sanciones acordes con la edad y de rigor suficiente como para preservar la autoridad paternal; es una función conferida siempre en interés del hijo. Este derecho de guarda tiene como obligaciones de guardar, mantener y educar al hijo, esto supone en sí, la necesidad de dirigir al hijo y velar por su instrucción y su formación.

Así mismo, cabe mencionar, la vigilancia, o sea, la fiscalización de los actos de los menores para evitar que corran riesgos o peligros de cualquier índole.

2.3.3.- Es un derecho intransmisible, ya que el beneficiario del que puede ejercerlo, no puede delegarlo a un tercero.

2.3.4.- Es subordinado, está condicionado al interés de los menores, por lo que cualquier convenio entre los padres a este respecto, quedará sujeto a que dicho interés se encuentre preservado.

La Suprema Corte de la Nación ha referido con respecto a los efectos jurídicos de la guarda lo siguiente:

"La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo , cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades." (Amparo Directo 4029/1967. Juan Cantú Villanueva. Febrero 3 de 1969, mayoría 4 votos).

Por otra parte, La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala con relación a los efectos jurídicos de la custodia, lo que a continuación se señala:

"Comprende la obligación de educarla convenientemente, de corregirla y castigarla mesuradamente con una libertad que no tiene más limite que el notorio perjuicio físico o moral de dicha menor." (Amparo Directo 3818/1969. Martha Contreras. Febrero 14 de 1969).

Nos dice Zannoni, que entre los efectos de la guarda y la custodia "está el derecho y el deber de los padres de convivir



con los hijos y la correlativa obligación de estos, de habitar con sus padres.

Desde la perspectiva de los padres, el incumplimiento del deber de guarda implica una forma de abandono, tipificado en el artículo 307 inciso II del Código Civil de la República de Argentina, como causal de privación de la patria potestad."<sup>8</sup>

Además, La Suprema Corte de justicia de la Nación dice lo siguiente:

"GUARDA Y CUSTODIA.- NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades."<sup>9</sup>

Las tesis antes mencionadas tienen algo en común, y es que las dos tesis hablan de posesión, por lo que es inapropiado en el

---

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de Enero de 1988. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordos Lozano.- Secretario: Agustín Vidapilleta Trueba.- Precedente: Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 4 de Abril de 1987. 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- secretaria: Hilda Martínez González.

sentido en que se utiliza el término "posesión material", sin tomar en consideración que las personas no pueden poseerse, pues por posesión se entiende el poder de hecho sobre una cosa o un derecho.

La Legislación Civil para el Estado de México establece en sus artículos 765 y 769 lo siguiente:

Art. 765.- "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 768. Posee un derecho el que goza de él."

Art. 769.- "Solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación."

Por lo tanto, el presupuesto lógico para ejercer el derecho de guarda es contar con la tenencia del menor, ya que sin ella no se puede tener los derechos y obligaciones que acarrea.

Los elementos que deben ser analizados al momento de determinar el bienestar del menor son: La habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas, morales y económicas del menor, la preferencia del menor, sexo, su edad, su salud mental y física, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive, la interrelación del menor con los padres, sus hermanos y otros miembros de la familia, y la salud psíquica de las partes. Ningún factor es decisivo, hay que

analizarlos todos, para que se emita la resolución más favorable y que satisfaga y proteja los intereses del menor.

Así mismo, la guarda o custodia del menor de edad no emancipado es, el atributo esencial de la patria potestad. Cuando hay una familia que vive unida y antes de que se originen los conflictos familiares, que se traducen con el tiempo en el comúnmente llamado divorcio, el padre y la madre ejercen conjuntamente los derechos y obligaciones de la custodia, cuidado y otras circunstancias de sus hijos, y que son los defensores y guardianes naturales de estos.

Después de una separación o después de un divorcio, aún cuando los padres no hayan estado unidos en matrimonio, les corresponde a estos y, en determinadas circunstancias, al juzgador resolver sobre la custodia de los hijos menores y resolver la distribución de los derechos y obligaciones que antes se ejercitaban conjuntamente.

El que es el titular del derecho tiene el ejercicio de la patria potestad y, consecuentemente, el derecho de guarda sobre sus hijos. Cuando el ejercicio de la patria potestad es incompatible con los intereses de la familia, de los hijos y de la sociedad, la normatividad que regula este ejercicio de ese derecho perjudica el desarrollo físico y moral del menor, es oportuno determinar que sólo uno de los titulares de ese derecho a ejercer la patria potestad mantenga la guarda del menor o menores de que se trate, y la misma ley establece dicha posibilidad.

La doctrina contemporánea, al hablar sobre la teoría del abuso del derecho, ha fundado también ahí la suspensión de la guarda y se justifica que el padre, sin perder la titularidad del derecho de patria potestad, puede ser suspendido de uno de sus atributos, en este caso la guarda.

En nuestra legislación civil vigente se consagra la posibilidad al permitir a los jueces, en interés del menor sujeto a la patria potestad, someterlo bajo la guarda de uno de los dos titulares del ejercicio de la patria potestad o bajo la guarda de parientes o aún de terceros, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso concreto.

#### 2.4. LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.

Cuando los padres viven juntos, en especial cuando están en matrimonio, ambos ejercen el derecho de custodia por vivir todos en el mismo hogar. Sin embargo, cuando un hijo nace fuera del matrimonio y sus padres no viven juntos se siguen diversas reglas:

a) En caso del reconocimiento simultáneo, en ese acto el padre y la madre convendrán quién de los dos ejercerá la patria potestad (su custodia), y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, así lo dispone el artículo 362 del Código Civil para el Estado de México numeral que, a juicio nuestro, deberá referirse más propiamente a la custodia y no, como lo hace, a la patria potestad.

##### "MENORES DE EDAD, CUSTODIA DE LOS.-

Cuando los padres que han reconocido en el mismo acto a un menor discuten a cual de ellos corresponde su custodia, no basta que demuestren el derecho que tienen a ejercer la patria potestad sobre el niño y que tiene interés en alcanzar su custodia, sino que también es indispensable que acrediten que el convivir el niño con uno de ellos es lo

que resulta a éste más provechoso, toda vez que el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, independientemente de señalar como elementos de esta acción el que los padres hayan reconocido al hijo en el mismo acto, que no vivan juntos y que no lleguen a convenir sobre su custodia, ordena al Juez resolver, después de haber oído el parecer del Agente del Ministerio Público y el de los progenitores, lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."<sup>10</sup>

b) Tratándose de reconocimiento sucesivo, ejercerá la custodia el que primero lo hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público (Art. 363 del Código Civil para el Estado de México). Así mismo, reitero que el numeral que, a juicio nuestro, deberá referirse más propiamente a la custodia y no, como lo hace, a la patria potestad.

Por lo que toca al supuesto de hijos nacidos fuera de matrimonio que VIVAN JUNTOS y se separan, hemos mencionado con antelación que debe ser aplicado lo perceptuado por el artículo 399 del Código Civil para el Estado de México Vigente.

---

<sup>10</sup> Amparo Directo 4699/77. Ezequiel Pantoja Castillo. 25 de Agosto de 1978. 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario - Carlos Gonzalez Zárate.

Por lo anterior se puede decir que, en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio y cuando se da la separación entre los esposos, jurídicamente el problema para definir la custodia surgirá en las tres siguientes formas:

- A) Al presentarse la demanda de divorcio.
- B) Al dictarse sentencia de divorcio, y
- C) Al dictarse sentencia de nulidad de matrimonio.

En cuanto al caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la custodia surge de una manera diferente, ya que por lo general los padres no viven juntos; en estos casos no siempre podemos hablar de coparticipación de los padres en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser atribuida sólo al padre o sólo a la madre, determinándose la atribución en relación al reconocimiento hecho por ellos, por lo que se pueden mencionar tres distintas situaciones:

A) Cuando sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores (art. 348 Código Civil del Estado de México).

B) Cuando es reconocido por ambos conjuntamente (art. 362 y 397 del código en materia).

D) Cuando es reconocido por ambos sucesivamente (art. 363 y 397 del Código antes mencionado).

La intervención judicial, se justifica por la necesidad de velar por los menores, cuando se considere que pueden ser dañados sus intereses; todas las medidas que se tomen sobre la custodia

pueden ser revocadas, tienen un carácter provisional, y toda modificación debe justificarse plenamente en los intereses de los hijos (art. 362 del Código Civil para el Estado de México).



## 2.5. LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS.

Después de haber estudiado en los anteriores puntos, tanto a la guarda y custodia como a la patria potestad en cuanto a sus características y naturaleza jurídica y establecida la regulación que nuestro Derecho Civil hace con respecto a ellas, cabe mencionar que la custodia es la acción de custodiar, que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.

Como se puede apreciar, la guarda y custodia del menor, implica principalmente el cuidado que sobre él debe tener quien la tenga, ya sea uno o ambos progenitores o abuelos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar todos los derechos y obligaciones inherentes, ahí mismo, especifica que la custodia comprende la obligación de educarle convenientemente, de corregirle y castigarle mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor.

Ahora bien, tomando en cuenta estas consideraciones, debemos entender que: la custodia entraña la tenencia física del menor, en la cual se da la convivencia necesaria para la satisfacción de

las obligaciones de cuidado, atención, educación, vigilancia y demás inherentes al ejercicio de la patria potestad, esta custodia corresponde a ambos padres, y sólo por excepción la tendrá únicamente uno de ellos.

Uno de los objetivos que tiene el derecho familiar, es el regular lo más íntimo de las relaciones existentes entre los esposos y los hijos, ya que cuando se disuelve un matrimonio, surgen graves conflictos entre los cónyuges por la custodia, la guarda y el ejercicio de la patria potestad de los menores.

Dentro del Código Civil podemos encontrar diversas referencias en cuanto a custodia y ejercicio de la patria potestad, a modo de ejemplo señalo algunos párrafos de distintos artículos, con el fin de ver que entrañan una enorme dependencia los conceptos antes nombrados:

Artículo 245 del Código Civil para el Estado de México:  
"Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, **el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos** y el juez resolverá a su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso."

Artículo 257.- "Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles, en cuyo caso presentarán al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;

II. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

**III Si hubiere hijos, designación de la persona a quienes "sean confiados" después de ejecutoriado el divorcio;**

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

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

Artículo 266.- "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Proceder por cuanto a depósito o separación de los cónyuges en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles del estado;

III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV. Las que estimen convenientemente para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;

V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta;

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

Artículo 267.- **"En la sentencia que decreta el divorcio, el tribunal determinará los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad que conservan cada uno de los cónyuges** respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges; y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo, además, discrecionalmente acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos.

**Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 246.** Si los dos fueron culpables del divorcio, los hijos quedarán al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad; y si no lo hubiere, se les nombrará un tutor.

En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 253, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, pero el enfermo

conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos."

Artículo 395.- "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 las leyes especiales sobre previsión social en el Estado."

**Artículo 397.- "Cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.**

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 362 y 363."

Artículo 399.- **"Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."**

Artículo 405.- "Para los efectos del artículo anterior, **los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad** de corregirlos y castigarlos mesuradamente 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 presenten el apoyo suficiente a la autoridad paterna."

Como observamos, a través de estos ejemplos, al referirnos a la custodia o al ejercicio de la patria potestad, se debe entender como conceptos íntimamente relacionados entre sí, ya que el que tenga la custodia es el que ejerce la patria potestad sobre los hijos y los bienes de estos.

Los menores sujetos a la custodia, en caso de separación de sus padres, tendrán los mismos derechos a ser atendidos, cuidados, educados, respetados, alimentados, etc; como si sus progenitores aún permanecieran juntos, es decir, que aunque los padres del menor estuvieran separados, tendrán la obligación de atender al menor en las mismas condiciones como si aún estuvieran unidos en matrimonio.

Nuestro Código Civil para el Estado de México, regula los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges inclusive cuando estos se encuentran separados, pues aún cuando uno de ellos sólo conserve la custodia, también es cierto que ambos progenitores, tienen el derecho y obligación para con los hijos.

Con la frecuencia en que se están dando estos casos en nuestros tribunales, es conveniente modificar nuestro Código Civil, para comprender las bases necesarias para regular la custodia en caso de separación de los padres.

Al igual que en la patria potestad, la custodia tiende también a acabarse, suspenderse o perderse.

El que se atribuye la custodia del hijo, no sólo tiene el derecho material de tenerlo en su compañía, sino también el derecho de dirigirlo y educarlo en el sentido más amplio.

A los padres no sólo debe confiárseles la guarda del hijo, sino también su dirección, ya que significa algo más, como el guiar sus acciones y vigilar su desarrollo moral. Como la guarda, ésta vigilancia, es a la vez un derecho y un deber de los padres.

La guarda del hijo, es el derecho de retener a aquel en casa del que la ejerce, el menor no podrá abandonar el domicilio paterno, ya que un principal derecho y a la vez deber del progenitor que ejerce la custodia del hijo sobre el que recae, es el de convivencia por lo cual el tenerlo en su compañía permite cumplir con sus obligaciones como son las de educación, representación, vigilancia, corrección, etc.

Mientras que el progenitor que no ejerce la custodia de los menores hijos, tiene la obligación de vigilar el bienestar de sus

hijos mediante la convivencia que tiene con ellos, a través del derecho de visita, convivencia restringida para permitir el buen desempeño del custodio.

El derecho de visita; al ser la patria potestad irrenunciable, (430 del Código Civil para el Estado de México) ambos padres la conservan, con todos los derechos y obligaciones que de la misma se derivan, pero como tendrán que vivir separados a consecuencia del divorcio, es obvio que sólo uno de ellos quedará al cuidado y guarda de los hijos. Esta designación se tomará de mutuo acuerdo entre los cónyuges y se someterá a la aprobación y consideración del juez, como lo señala el artículo 267 del Código Civil vigente para el Estado de México, respecto de la situación de los menores hijos.

Así mismo, cuando se trata de un divorcio voluntario, los progenitores serán quienes realicen el convenio que crean apropiado para decidir la designación de la persona quien será confiado para la guarda y custodia del menor no emancipado, una vez otorgado el divorcio o en su defecto el Juez de lo Familiar será quien decidirá que progenitor es el idóneo para ejercer la guarda y la custodia, así se encuentra en el artículo 257 del Código Civil para el Estado de México.

Por lo tanto, es necesario una reglamentación adecuada de este derecho en nuestro Código Civil, ya que el excónyuge que tenga el llamado derecho de visita, tendrá que acatarse al mismo, respecto a los derechos y obligaciones que del mismo se deriven,



que aunque ya señalamos con anterioridad, nuestro derecho positivo no hace mención del mismo.

Consideramos que sería preferible que se tratara este problema a través de una legislación adecuada y no que nuestros tribunales de hecho tengan que resolver sobre el mismo.

Por último, y como corolario a este tema, podemos decir, que el fin principal de la custodia es el preservar el bien de los menores, es el proteger sus intereses y por ello en un principio debe ser ejercida por ambos progenitores, pero también con miras al bienestar del menor, hay casos que es conveniente que sólo uno de ellos la conserve.

## **CAPITULO III**

### **CONTENIDO DE LOS ARTICULOS 397, 362 Y 363 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

#### **3.1. ANALISIS.**

En el presente capítulo, haré referencia a la interpretación de los artículos 397, 362, 363 del Código Civil para el Estado de México; el primero de ellos menciona a los hijos nacidos fuera del matrimonio, con la importante variante de que los padres viven juntos, y es en este caso, que los progenitores van a ejercer el derecho y las obligaciones inherentes que trae el alumbramiento de un hijo y que anteriormente se ha señalado con el nombre jurídico de patria potestad; así mismo, se desprende de este artículo el supuesto, nuevamente, de los hijos nacidos fuera del matrimonio pero que viven separados los cuales van a estar regulados por los numerales 362, y 363; en donde, se presenta la confusión de los legisladores sobre las figuras jurídicas de la patria potestad y custodia; por tal motivo, como anteriormente fue señalado, es el objeto de nuestro estudio y propuesta de modificación.

#### **3.1.1. ANALISIS DEL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

Es importante mencionar antes de entrar al estudio del presente capítulo, que día a día el derecho se ha visto en la

necesidad de estudiar figuras jurídicas que antes parecían carecer de importancia.

Dentro del Derecho de Familiar, existen figuras como la patria potestad y la custodia, mismas que se analizan en forma más amplia en cuanto así es procedente en este capítulo. Dado que hay una mala aplicación de las concepciones de Patria Potestad y Custodia por parte de los legisladores, al momento de regular y legislar el Código Civil para el Estado de México vigente, los supuestos en donde se ven inmiscuidos los intereses del menor no emancipado, en donde los hijos reconocidos fuera del matrimonio y sus padres viven juntos o viven separados, por diversas causas generadas por conflictos familiares y que en la actualidad ésta se ve afectada por una serie de problemas que amenazan desintegrarla, puesto que cada día las familias se forman con bases menos sólidas, en donde resisten menos cualquier situación y llegan con una gran facilidad a la separación.

Así mismo, en el artículo 397 del Código Civil para el Estado de México se establece textualmente lo siguiente:

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 362 y 363."

El citado texto que establece el legislador, habla de los hijos fuera del matrimonio pero hace mención de dos supuestos; el

primero es cuando los progenitores reconocen al hijo nacido fuera del matrimonio y estos viven juntos, y es aquí en donde no se presentan muchos problemas o conflictos familiares, ya que habitan conjuntamente los padres en el concubinato, o la comúnmente llamada unión libre, en donde el menor no emancipado, está bajo el cuidado y vigilancia de ambos y cada uno de ellos, ambos progenitores van a estar pendientes para atender todas las necesidades inherentes de su corta edad, los cuales son, la buena educación, alimentación, vestido, y de un hogar, así como del cuidado y vigilancia, ya antes mencionados, del menor para su buen desarrollo físico y mental, en virtud, de que se tiene por ambos padres la posesión física del menor.

El segundo de los supuestos que maneja este artículo es, en donde nos menciona, el reconocimiento del menor fuera del matrimonio y de padres que no viven juntos; es aquí donde considero que existe la confusión por parte del legislador y por consecuencia la mala aplicación de los términos jurídicos de la patria potestad y custodia. Este artículo remite a los artículos 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México; y en estos dos artículos es donde se generan los conflictos familiares, donde debe de ser más clara la ley, estableciendo que los padres o los tribunales decidirán bajo quien quedará la custodia del menor no emancipado, y no estableciendo que se decidirá sobre el ejercicio de la patria potestad, que es irrenunciable, ya que lo que interesa aquí son los intereses y el bienestar del menor para no acarrearle problemas en su formación y su desarrollo físico y mental.

### 3.1.2. ANALISIS DEL ARTICULO 362 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

El artículo 362 del vigente Código Civil para el Estado de México, hace referencia expresa, de la manera de cómo se va a decidir el ejercicio de la patria potestad del hijo reconocido nacido fuera del matrimonio, de los progenitores que no viven juntos, este artículo se establece en los siguientes términos:

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

Resulta incuestionable que lo preceptuado por el artículo antes transcrito implica el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, en donde los progenitores no viven juntos, por lo tanto, se desprende de la lectura de este artículo, el reconocimiento simultáneo que existe por parte de los padres al reconocer en ese mismo acto al menor. Con respecto a la regulación del reconocimiento, que surge de un fenómeno natural y que lo establece el derecho a través de la institución llamada "FILIACIÓN".

En virtud, de que no conceptualiza el Código Civil para el Estado de México la institución jurídica de filiación y para

poder explicar este numeral, la Licenciada en Derecho, Sara Montero Duhalt en su obra Derecho de Familia, lo conceptualiza de la siguiente manera: "La Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre - hija o hijo."<sup>1</sup>

Este concepto de filiación hace énfasis en los términos de paternidad, que es la relación del padre con respecto de su hijo o hija; en donde tal paternidad es siempre una presunción jurídica que admite prueba en contrario, pero que ésta surge a la vez con certeza relativa dentro del matrimonio, en virtud de ser un hijo de mujer casada y es hijo del marido; por lo tanto, la paternidad fuera de matrimonio, como lo es el concubinato, es incierta por principio y sólo puede reconocerse al menor por las dos formas de reconocimiento voluntario o por sentencia judicial, con este reconocimiento se tiene el carácter de padre y por lo tanto la patria potestad.

Por otro lado, la maternidad es la relación que existe entre la madre con respecto a su hijo o hija; este es un hecho indubitable derivado de los fenómenos naturales comprobables del embarazo y del parto, por lo que es un hecho que no tiene juicio por su propia naturaleza, ya que daría lo mismo dentro o fuera del matrimonio. La filiación, en sentido estricto, es cuando el punto de referencia es el sujeto, hijo o hija, con respecto a su madre o a su padre.

---

<sup>1</sup> MONTERO Duhalt Sara. Ob cit. Pág 267.

Cabe señalar, que la filiación tiene tres fuentes 1) matrimonio, 2) habida fuera de matrimonio, o 3) surgida por adopción. El artículo objeto de este análisis hace mención de la segunda manera de filiación, que es la habida fuera de matrimonio.

A este tipo de reconocimiento, también llamado doctrinariamente filiación extramatrimonial, en donde la relación jurídica entre el progenitor e hijo, surge por dos formas de filiación, primero es el reconocimiento voluntario y el segundo por sentencia que cause ejecutoria, imputándole la filiación a cierta persona.

Así mismo, la primera que es el reconocimiento voluntario, ya sea por el padre o la madre excepcionalmente, y la filiación entre la madre y el hijo, resulta del solo hecho del nacimiento, aquí no importa si la madre está o no unida en matrimonio en el momento de la concepción de su hijo, pues nacido éste, se crea el lazo de filiación entre los dos por razones biológicas, misma que recoge el derecho de familia para establecer las consecuencias jurídicas de la filiación, estas se encuentran establecidas en el artículo 371 del Código Civil vigente para el Estado de México y que textualmente dice:

"El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I. A llevar el apellido del que lo reconoce;

II. A ser alimentado por éste;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.”

Resulta que esta enumeración específica, no la tiene la ley con respecto a los hijos de matrimonio, sino que las consecuencias genéricas del reconocimiento y de la filiación se encuentran dispersas en el Código Civil para el Estado de México.

Con respecto al nombre y apellidos no existe un capítulo que regule los mismos, solamente, en el artículo 57 del Código Civil para el Estado de México expresa que en las actas de nacimiento deben de contener el nombre y apellidos que le corresponda al niño registrado. Los apellidos los establece la costumbre, y no la ley, dado que hay una omisión por parte del Código Civil en comento, por lo tanto, para el establecimiento de los apellidos la tradición dicta que primero es el apellido paterno, después el materno, derivado este orden de la costumbre y supremacía del padre.

Con respecto al derecho a recibir alimentos, es recíproco entre padres e hijos, y está regulado en los artículos 284, 286 y 287 del Capítulo segundo relativo a los alimentos, del Código Civil de la materia, en donde los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos, de la misma manera que los ascendientes, por ambas líneas en dado caso que los progenitores no existieren o tuvieren alguna imposibilidad física o mental. Así mismo, los hijos tienen la obligación de dar alimentos a sus padres y si



estos no pudieren los descendientes más próximos en grado tienen este deber.

El menor no emancipado, una vez que es reconocido por el padre, tiene la prerrogativa a percibir la porción hereditaria y que está determinada en la sucesión legítima, que establece el derecho a heredar en forma primordial para los hijos y demás descendientes, mismo derecho que gozan los padres y demás ascendientes, por estas razones hay una reciprocidad en ambas partes; y este derecho se encuentra previsto en el capítulo de las sucesiones.

Otra consecuencia que trae consigo el reconocimiento voluntario del padre o de la madre del menor no emancipado, y que tiene el privilegio el padre, es el surgimiento de la patria potestad, en razón del lazo de filiación surgido por el reconocimiento del progenitor.

Así mismo extraordinariamente hay casos, en donde la madre evade el reconocimiento del menor para no cumplir con sus obligaciones como madre, y hace pasar al recién nacido como hijo de otra madre, da a luz sin testigos o lo abandona, con estas acciones surge y estaremos en presencia de un reconocimiento voluntario por parte de la madre, pero estos casos son insólitos, por que la madre no puede ocultar un hecho natural, como es el embarazo.

Con respecto al padre del hijo nacido fuera del matrimonio, por obvio que resulte a la madre y para muchas otras personas que conozcan a ambos progenitores e incluso para el propio padre, que se diga que el hijo de la mujer no casada es de determinado varón, es una afirmación que carece de validez, ya que la madre soltera no tuvo, como la casada, obligaciones de fidelidad y de exclusividad sexual con respecto a un cierto hombre, por tal motivo, para que surjan las consecuencias jurídicas de la paternidad y filiación, anteriormente mencionadas, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o en su defecto que exista una sentencia que impute forzosamente la paternidad de un determinado varón.

Para el reconocimiento voluntario del padre, se necesita cubrir una serie de requisitos sustanciales y formales. Los primeros son la **edad**, que debe ser mayor a la del hijo y tener la edad mínima de 16 años para contraer matrimonio; el **consentimiento**, aquí se presenta una serie de supuestos como lo son: si el que va a reconocer es menor de edad debe tener el consentimiento de las personas que lo representen legalmente o de la autoridad judicial (art. 344 Código Civil para el Estado de México.); si es mayor de edad el hijo que se pretende reconocer, el consentimiento del hijo a reconocer se debe de tomar en cuenta; así mismo, el consentimiento de la madre para que su hijo sea reconocido por un hombre (361 Código Civil para el Estado de México.); y el consentimiento de la madre que no es la madre natural, pero que tomó ese papel, tiene el derecho de poder contradecirlo (360 Código Civil para el Estado de México).

Una vez, hecho el reconocimiento voluntario y simultáneo por ambos progenitores, acordarán cual de los dos progenitores ejercerá la patria potestad, y es aquí en donde se encuentra la confusión jurídica por parte de los legisladores, y que lo trataremos más adelante, ya que es en esta parte del artículo 362 del Código Civil en comento, donde se generan los problemas entre ambos progenitores por la tenencia física del menor no emancipado, pero el artículo nos habla de patria potestad; entendiéndose por patria potestad:

La facultad y el deber que tienen ambos progenitores sobre el menor no emancipado ejerciendo la administración de la persona y los bienes del menor, logrando como objetivo principal, una buena protección y educación para el buen desarrollo físico y mental del menor.

De esta manera, como no viven juntos y se encuentran fuera del matrimonio, si no llegaren a ningún acuerdo, sobre quien es el que va a ejercer la patria potestad, estos podrán acudir ante el órgano jurisdiccional, que viene siendo el juez de lo familiar, para que éste decida conforme a los intereses y bienestar del menor, oyendo las razones que expongan ambos progenitores, y al Ministerio Público representante de la sociedad por ser un interés de orden público, sobre quien es el más adecuado para el ejercicio de la patria potestad, pero ésta, nunca la van a dejar de ejercer los padres en virtud de que tiene la característica y calidad de ser irrenunciablé, a lo que se refiere es a la custodia.

### **3.1.3. ANALISIS DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

Cuando en una pareja hay un entendimiento mutuo en donde ambos progenitores son personas con autosuficiencia económica y madurez moral que deciden compartir su vida y procrear, el matrimonio les es secundario y dispensable, puesto que viven su propia moralidad manifestada en una relación estable, y cuando llegan los hijos los reconocen ambos con el acta de nacimiento; en donde demuestran ser una familia integra, aunque su origen se haya establecido sin la etiqueta social y moral del matrimonio.

Tradicionalmente, dependiendo el tipo de sociedad y época en que se viva, las personas en sus relaciones con una pareja, no tienen las características señaladas de una familia ejemplar, ya que carecen de la preparación cultural, equilibrio emocional, autosuficiencia económica, y que estén comprometidos con su propia conducta y con los demás. Son estas las características que marcan el inicio de las relaciones como iniciadores de una familia base de toda sociedad bien avenida y sólida, y a falta de estas se generan por regla, que debe ir acompañado de la formalidad del matrimonio, que de alguna manera los puede constreñir en un momento dado, al cumplimiento de sus obligaciones entre sí y con respecto a sus hijos.

De esta manera, el artículo que se cita, expresa el reconocimiento voluntario, sucesivo por parte de ambos progenitores, aquí nuevamente el padre y la madre que no viven juntos y tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio,

conocido jurídicamente como concubinato, es así como el artículo 363 del Código Civil para el Estado de México se establece de la siguiente manera:

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

Aquí el legislador regula la hipótesis, de la conducta de los progenitores, que se manifiesta sucesivamente, entendiéndose este tipo de reconocimiento, por aquel acto del padre o de la madre, uno primero que el otro, manifestando su voluntad hacia la autoridad, en este caso, el Juzgado del Registro Civil es quien va hacer el encargado de realizar el asentamiento del reconocimiento voluntario por cualquiera de los progenitores, en las actas del registro civil.

Por lo cual, el artículo plantea el supuesto, de que por lo regular, el padre que no reconociere al hijo como suyo, la madre una vez ejercitada la acción correspondiente de la investigación de la paternidad y fuere declarado hijo del condenado; el artículo en mención dice que el primero de los progenitores que reconociere al hijo como suyo, que en este caso, siempre y por su propia naturaleza por ser un hecho indubitable, la madre va hacer quien reconociere en primer lugar a su hijo, es la que va

a ejercer la patria potestad, salvo se convinieren otra cosa en contrario, y entendiéndose extrajudicialmente que hay causas ajenas a las voluntades de ambos padres, en las cuales el progenitor no puede acudir al juzgado del registro civil para manifestar su voluntad de reconocer al hijo como suyo, ante esta circunstancia, el progenitor que faltare lo puede reconocer al menor, posteriormente, previo acuerdo con la madre.

De esta manera, como lo manifesté anteriormente, el padre que no quiere reconocer al hijo como suyo, dado que, la madre no vive con él y no están casados y al no haber, por parte de la madre una obligación de fidelidad y de exclusividad sexual, el padre suele evadir el reconocer a un hijo, por el temor de no ser suyo, es por esta razón que el legislador prevé la investigación de la paternidad en el artículo 364 del Código Civil para el Estado de México y así imponerle la responsabilidad de la paternidad al que fuere; y por consiguiente, el surgimiento del reconocimiento sucesivo.

Por tal motivo, el progenitor que hubiere reconocido primeramente al menor como su hijo es el que va a ejercer la patria potestad, y es aquí que se encuentra el problema que los legisladores ocasionaron al no tener bien delimitado los términos de patria potestad y custodia, dado que el término correcto sería el de custodia, que analizaremos posteriormente.

Suponiendo sin conceder que hubiere un acuerdo previo entre los padres, de quien es el que va a ejercer la patria potestad, y este convenio perjudique los intereses y el buen desarrollo

del menor, según el criterio de uno de los padres, del Ministerio Público o del mismo Juzgador, este podrá, de acuerdo a sus facultades que le otorga la ley, modificar el convenio que hubieren llegado los progenitores, escuchando a cada una de las partes, ya sea el padre o la madre e incluso el representante de la sociedad, el Ministerio Público, para poder decidir lo que mejor le convenga al menor no emancipado para su buen desarrollo.

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

### 3.2. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA GUARDA, CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD.

Después de haber estudiado los preceptos, tanto de la guarda y custodia como a la patria potestad, en cuanto a sus características y naturaleza jurídica y estableciendo la regulación que nuestra Legislación Civil para el Estado de México hace con respecto a ellas, es necesario resaltar y analizar sus diferencias, para evitar confundirlas.

Las diferencias existentes son las que a continuación se enumeran:

1) La guarda y custodia es un medio de protección "de facto", en virtud de que se da a través de la posesión, o mejor dicho, la tenencia física del menor, para así cumplir con el objetivo de protegerlo y cuidarlo adecuadamente.

La patria potestad es un medio de protección de derecho, ya que comprende disposiciones legales encargadas de la protección de los bienes y persona del menor, pero que no es necesario estar en posesión de él, ya que se puede cumplir dichas obligaciones sin tener al padre junto a él.

2) La regulación legal que hay en torno a la patria potestad es más explícita y concreta.



En el caso de la guarda y la custodia, hay una escasez en la normatividad sobre estas instituciones, ya que no existe un apartado especial en la legislación civil que haga mención de ella, sino sólo disposiciones aisladas o que se desprenden de otros capítulos como lo son el matrimonio, la nulidad de matrimonio, el divorcio, y la misma patria potestad, etc.; lo cual es erróneo, partiendo de la base de que la guarda y custodia del menor es un punto medular en el desarrollo y protección del mismo y que debe ser debidamente protegido por el derecho civil y más concretamente por el derecho familiar.

3) En cuanto a su origen, puede decirse que la guarda y custodia lo tiene como una relación natural entre padres e hijos; es decir como un sentimiento innato de proteger, cuidar y vigilar, los padres a sus hijos, para que estos se desarrollen física y emocionalmente de la mejor manera.

En contraste, la patria potestad nace de la ley como una necesidad de que los padres, independientemente de que por motivos naturales se sientan en la obligación moral de cuidar, vigilar y satisfacer las necesidades físicas y emocionales de sus hijos, existan disposiciones legales que se encarguen de la protección de éstos, obligando legalmente a aquellos a hacerlo, so pena de sufrir las sanciones que la misma prevé.

4) La patria potestad se puede decir que es mucho más amplia, ya que comprende dos aspectos: 1.- La protección de la persona del menor, y 2.- Lo referente a los bienes del mismo; o sea, una de tipo patrimonial y otra de tipo personal. Cabría

apuntar que la patria potestad es un género y la guarda como la custodia una especie, englobada dentro de la primera, ya que comprende la cuestión relativa a la protección y vigilancia del menor, pero nada en cuanto a sus bienes.

5) La guarda y custodia entraña una reciprocidad, ya que si bien, los padres tienen la obligación de proteger y cuidar a sus hijos, también es indudable que éstos el día de mañana tienen el mismo deber de ayudarlos y cuidarlos cuando aquellos los necesiten.

En tanto, la patria potestad no es recíproca, habida cuenta de que los hijos jamás podrán tenerla sobre sus progenitores por razones obvias.

6) En cuanto a las personas facultadas legalmente para ejercitar el derecho de guarda y custodia del menor, no es de carácter limitativo, como ocurre con la patria potestad, habida cuenta de que no sólo los padres, abuelos paternos o maternos pueden hacerlo, sino incluso extraños.

Pero en lo relativo a la patria potestad, su ejercicio se limita a los padres, abuelos paternos y maternos, y nada más.

7) En cuanto a su duración, la patria potestad es temporal, ya que surge con el nacimiento del menor y termina con la emancipación o mayoría de edad de éste.

En contraposición, la guarda y custodia, por ser esencialmente un derecho y una obligación natural, es permanente, ya que se da durante toda la vida, de quienes son sujetos de esa relación y sólo se extingue con la muerte de alguno de ellos.

### 3.3. CONFUSION DEL LEGISLADOR.

La Patria Potestad y la Custodia, como se ha visto en la presente investigación, son dos términos totalmente diferentes, en donde cada uno de estos tiene consecuencias jurídicas distintas, por tal motivo, considero que hay un mal empleo de estas instituciones jurídicas, las cuales provocan la confusión en las personas que se encuentren en este supuesto, de tal manera, los legisladores en los artículos 362 y 363 del Código de Civil para el Estado de México han creado una incertidumbre, para lo cual es necesario citar dichos artículos:

Art. 362.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

Art. 363.- "En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el primero que hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de lo interesados y del Ministerio Público."

Los legisladores que votaron para que se redactaran de tal manera dichos artículos, causan controversia en su utilización, ya que, como se ha visto el empleo del término jurídico de "patria potestad" está mal utilizado, porque estos artículos plantean, que los padres que tienen conflictos familiares, o por diferentes causas que se generen en la relación entre pareja, y que ocasiona que estos no se encuentren viviendo juntos; no es motivo para que se decida quien de los dos es el que va a ejercer la patria potestad, dado que, esta institución jurídica de la patria potestad nunca la van a perder los padres, excepto que incurran en una falta grave a juicio del juez para que se declare la pérdida, suspensión o extinción de la patria potestad de su menor hijo.

Así mismo, se ha visto en el estudio de dichos artículos, que esta figura jurídica de la patria potestad siempre la van a ejercer ambos progenitores, ya que dicha institución jurídica es de carácter irrenunciable, por lo que los progenitores no pueden renunciar a las obligaciones y deberes que les impone la ley porque ésta prevé el bienestar y vela por los intereses del menor no emancipado, así como se aprecia en el artículo 430 de Código Civil para el Estado de México que a la letra dice:

"La patria potestad **NO ES RENUNCIABLE**; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño."

Así mismo, este artículo se relaciona con el artículo 6 del Código Civil para el Estado de México y que textualmente dice:

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

Y conforme a este artículo en donde nos menciona que "...sólo se pueden renunciar aquellos derechos en donde no se afecten los intereses públicos..." cabe hacer mención que conforme a este artículo, la patria potestad es de ORDEN PÚBLICO, dado que, en diversos ordenamientos y disposiciones legales el legislador pretende que los ascendientes protejan, eduquen, alimenten, y administren los bienes de los hijos no emancipados, para su mejor desarrollo físico y mental, creando derechos y deberes que estos interesan a toda sociedad, así lo dispone el artículo 430 del Código Civil del Estado de México.

Por tal motivo, la patria potestad además de ser de orden público, como se acaba de mencionar, y de carácter irrenunciable así como se demuestra en la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece textualmente lo siguiente:

PATRIA POTESATD, LA IRRENUNCIABILIDAD DE  
LA.-... El cual es irrenunciable porque

encuentra su fundamento en dos ideas fundamentales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que esta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad junto al elemento del poder jurídico un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6° del citado Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esta potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio del tercero, entendiéndose como orden público el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que

constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad..."<sup>2</sup>

Así mismo, se refiere el tratadista en derecho, Rafael de Pina, sobre la patria potestad y menciona lo siguiente:

"Conjunto de facultades - que supone también deberes - conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes."<sup>3</sup>

Así mismo, se entiende por guarda o custodia:

La facultad y la obligación que tiene el padre o la madre de contar con la tenencia de su hijo menor para poder cuidar, proteger y educar convenientemente para su buen desarrollo.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice lo siguiente:

"GUARDA Y CUSTODIA.- NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la

<sup>2</sup> Amparo directo 4434-73. Luis Correa Rosales. 15 de noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos.- ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. tercera sala, p. 50.

<sup>3</sup> DE PINA, Rafael. Op. Cit. p 300.



custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.<sup>4</sup>

Por tales razones, se puede decir que el término jurídico de la patria potestad está mal utilizado en los artículos 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México, por lo que, se podría considerar que el término correcto sería el de custodia, ya que como se ha podido observar, el padre o la madre quien se encuentre en este supuesto, deben decidir sobre la custodia, esto es la tenencia física del menor y no como lo dice los artículos 362 y 363 del citado Código en estudio, que se decidirá el ejercicio de la patria potestad, dado que es erróneo hablar de patria potestad porque ésta nunca la van a perder, a menos que se afecte el buen desarrollo del menor no emancipado.

---

<sup>4</sup> Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de Enero de 1988. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.- Secretario: Agustín Vidapilleta Trueba.- Precedente: Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 4 de Abril de 1987. 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- secretaria: Hilda Martínez González.

### 3.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTICULOS 362 Y 363 CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

Después de haber desarrollado el presente trabajo de investigación, partiendo de los conocimientos generales como son las concepciones de la patria potestad, la guarda y custodia, cabe entrar de lleno a proponer algo concreto que se refiera a la problemática que se ha percibido durante la misma.

La problemática que considero fundamental dentro de los artículos 362 y 363 es el manejo del término jurídico "Patria Potestad", ya que la interpretación de dichos artículos puede confundir y generar conflictos jurídicos innecesarios entre los padres, debido a que está mal empleado ese término, porque la patria potestad es un derecho que no puede ser renunciable, en este caso ni la madre ni el padre pueden evitar el hecho de tener ambos la patria potestad del menor. En los artículos, ya mencionados, los cuales no nos hablan de quien es el que va a ejercer la tenencia del menor, a cargo de la madre o del padre, pareciera que los legisladores no tomaron en cuenta el término exacto de patria potestad y lo que se puede interpretar es que los artículos hablan de la decisión que tomarán los padres para saber quien es el que va a ejercer la patria potestad, lo cual es incorrecto. El término jurídico correcto en estos artículos sería el de "**Custodia**", ya que este término se refiere a la tenencia física del menor. A tal situación, considero que el término jurídico de custodia es el más adecuado para su utilización ya que los artículos se orientarían al otorgamiento de la tenencia física de un menor, obviamente, incluye la responsabilidad de educar, alimentar y mantener en buenas condiciones al menor, pero

las leyes decidirán en caso de controversia a cual de los dos progenitores se le otorgará la presencia física de éste. Por lo anterior, no es conveniente que los artículos contengan la palabra "patria potestad", porque no se resuelve el conflicto que se genera entre los padres, es decir, ambos artículos no hablan de la problemática de cual de los padres va a obtener la **obligación** de un menor, ya que como su nombre lo dice, obligación es una situación a la cual no se puede renunciar, a menos que exista una falta grave a juicio del juez; pero es evidente que estos artículos del Código Civil para el Estado de México no se refieran al otorgamiento de obligaciones hacia el menor, por parte de sus padres; sino a la situación en la que la madre y el padre se disputan la tenencia física del menor (Custodia), ya sea que vivan juntos o separados.

El cambiar el término jurídico de patria potestad por custodia, se presentaría de la siguiente forma:

Art. 362.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la **CUSTODIA**; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Art. 363.- En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la **CUSTODIA** el primero que hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de

primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de lo interesados y del Ministerio Público.

Ante tal situación, considero que la custodia y la guarda del menor no emancipado, por la importancia que reviste, es ilógico que el Código Civil para el Estado de México no se refiera a ella de una manera particular y explícita, con lo cual se puede observar una actitud irresponsable de los legisladores al no establecer un capítulo exclusivo dentro de la legislación civil que regule estas instituciones. Por lo anterior es de suma importancia el cambio de la palabra "patria potestad" por el de "Custodia", ya que no habría lugar a ninguna confusión por parte de los interesados en un caso de tal naturaleza.

Así mismo, los beneficios que tendría la modificación de dichos artículos sería la disminución de demandas presentadas ante el Tribunal Superior de Justicia para que los jueces decidan quienes son los que van a ejercer la patria potestad siendo que los padres nunca van a perder este derecho, de igual manera, se concientizarían los progenitores para que de una manera responsable decidan extrajudicialmente quien de los dos progenitores sería el más óptimo para poseer la tenencia física del menor, que proveerá de todo lo necesario para el mejor desarrollo físico y mental del mismo.

Otro de los beneficios que traería la modificación de estos artículos, sería la utilización correcta de las figuras jurídicas, dando con esto a los juzgadores argumentos sólidos

para que orillen a los progenitores a una conciliación, para que no lleguen al desgaste económico y moral ocasionado por conflictos judiciales de índole familiar; así mismo se generarían relaciones extramatrimoniales más estables y armoniosas y por consiguiente los padres velarían juntos el buen desarrollo del menor.

## C O N C L U S I O N E S .

**PRIMERA.** La patria potestad comprende un conjunto de derechos y obligaciones de las personas que la ejercen, los padres, abuelos o adoptantes, y que van destinados al beneficio y protección de la persona y los bienes de los menores sujetos a ella. Una de las características más sobresalientes de la patria potestad es que es de orden público, pues el Estado está interesado en que los menores de edad reciban un bienestar en el más amplio sentido, de lo contrario, también la ley estatuye sanciones al respecto, por lo tanto es irrenunciable.

**SEGUNDA.** Debe considerarse a la guarda y custodia como una de las necesidades básicas del menor de edad, el ser cuidado y protegido por sus padres, ya que esta influencia, tanto paterna como materna, para que sea benéfica, requiere que exista de un ambiente sano, de respeto y amor entre los padres.

**TERCERA.** La custodia es una prerrogativa de la patria potestad, e implica la posesión material, vigilancia, protección, educación y cuidado del menor, por lo que acarrea el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

**CUARTA.** Es conveniente que se modifique nuestro Código Civil para el Estado de México, en lo relativo al artículo 362 y 363, que manejan erróneamente la institución de la patria potestad, pues el término correcto que se debe emplear en estos artículos, sería el de **GUARDA Y CUSTODIA** del menor, que va a intervenir más

en su formación, mientras que para el otro cónyuge se delimitan previamente las atribuciones correspondientes a dicha formación.

**QUINTA.** El padre que no tenga la guarda y custodia, sigue conservando la patria potestad del menor, por lo que deberá cumplir con la obligación de seguir proporcionando alimentos a éste; así mismo tendrá el derecho de vigilar el desarrollo de éstos, bien sea, física, intelectual, moral y espiritualmente. Cuando se comprometa la salud o moralidad de los hijos por parte del cónyuge que conserva la guarda y custodia, y que sea considerado como causa grave, el otro progenitor tendrá el derecho de hacer del conocimiento a los Tribunales competentes de tal situación, para que determine el juez lo más óptimo para el mejor desarrollo del menor.

**SEXTA.** Por tal motivo, la guarda y custodia al igual que la patria potestad se da para ambos progenitores, pero cuando los padres se separan o no han vivido juntos, surge la guarda y custodia independientemente para uno de ellos, suspendiéndose para el otro, sin importar que se dé dentro o fuera del matrimonio.

**SEPTIMA.** El otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos a uno de los cónyuges, no implica la pérdida de la patria potestad para el otro, pues el progenitor que no la tiene conserva el derecho de mantener contacto con sus menores hijos, mismo que se actualiza a través del ejercicio del derecho visita, que los jueces deben regular de conformidad con las

circunstancias de cada caso en lo particular, atendiendo prioritariamente al interés del menor.

**OCTAVA.** Aún cuando la guarda y custodia no se encuentran reglamentadas en el Código Civil para el Estado de México, cuando menos de manera expresa, por la cada vez mayor incidencia de divorcios y concubinatos, para una mayor protección de los menores es recomendable que se plasmen en el referido ordenamiento legal preceptos que la regulen de manera expresa.

**NOVENA.** Al regularse lo relativo al ejercicio de la patria potestad tratándose de los hijos nacidos fuera del matrimonio, considero que se cometió un error involuntario en su tratamiento cuando nos remite a las disposiciones que regulan la custodia de los menores, sin tomar en cuenta los principios y las consecuencias que sustentan a la institución de la patria potestad, como son su carácter de irrenunciables y que es de orden público, motivo por el que me atrevo a proponer reformas a los artículos 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México, en los términos en que ha quedado asentado en el Capítulo III de este trabajo de tesis.

**DECIMA.** Se propone reformar el contenido de los artículos 362 y 363 del Código Civil para el Estado de México, que textualmente establecerían lo siguiente:

**Artículo 362:** Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos



ejercherà sobre él la **CUSTODIA**; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

**Artículo 363:** En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la **CUSTODIA** el primero que hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

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

### LEGISLACION.

1. Código Civil para el Distrito Federal. 62ª. Ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1995, 655 p.
2. Código Civil para el Estado de México. 13ª. Ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1995, 525 p.
3. Código Penal para el Distrito Federal. 3ª. Ed. México, Editorial Andre, S.A. 1990, 362 P.
4. Código Penal para el Estado de México. 11ª. Ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1996, 220 p.
5. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal; comentado tomo III libro 3º de asociaciones, 1ª. Ed. ,Editorial Porrúa, Instituto de investigaciones jurídicas.

**DOCTRINA.**

1. ABOUHAMAD HOBALCA, Chibly, **"El juicio sobre el Derecho de Guarda"**, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Año XXIII, Abril-Junio, 1960, No. 112, p. 20.
  
2. BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía. **"Derecho de Familia y Sucesiones"**. México, Editorial Harla, 1982. 127 p.
  
3. BAILON VALDOVINOS, Rosalío. **"El Derecho Civil: A través de preguntas y respuestas: Introducción, Persona, Familia, Bienes y Sucesiones."** México D.F., Editorial Sista, 1990. 208 p.
  
4. CHAVÉZ ASENCIO, Manuel, **"La Familia en el derecho"**, 1ª ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1984. 257 p.
  
5. COSSIO Y CORRAL, Alfonso de. **"Instituciones de Derecho Civil."** Tomo II, Madrid, Editorial Alianza, Derechos reales. Derecho de Familia y Sucesiones.
  
6. DE PINA, Rafael. **"Derecho Civil Mexicano"**, Vol. I, 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1983. 381 p.

7. GALINDO GARFIAS, Ignacio. **"Derecho Civil"**, 5ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1983. 668 p.
  
8. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **"Derecho de las Obligaciones."** 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 1990. 1003 p.
  
9. IBARROLA, Antonio de. **"Derecho de Familia."** 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1981. 562 p.
  
10. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. **"Instituciones de Derecho Civil."** México, Editorial Porrúa, 1990. 238 p.
  
11. MONTERO DUHALT, Sara. **"Derecho de Familia"**, 5º ed., México, Editorial Porrúa, 1992. 429 p.
  
12. ORTIZ-URQUIDI, Raúl. **"Derecho Civil."** 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1986. 633 p.
  
13. PLANIOL, Marcel, **"Tratado Elemental de Derecho Civil"**, Tomo II, 12ª ed, México, Editorial Cajica, 251 p.

14. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. "**Tratado Practico de Derecho Civil Francés**" (Trad. Mateo Díaz Cruz), Tomo I, La Habana, Editorial Cultural, 1964. 312 p.
  
15. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "**Compendio de Derecho Civil**", Volumen I. Introducción, personas y familia. Comparada con la Legislación Vigente/ por Adriana Rojina García; 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1988.
  
16. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "**Derecho Civil Mexicano.**" Tomo II, V. 1, México, Editorial Robredo, Derecho de Familia. 451 p.
  
17. VALENCIA ZEA, Arturo. "**Derecho Civil.**" V. 5, Bogotá, Editorial Temis, Derecho de Familia. 328 p.
  
18. ZANNONI, Eduardo A., "**Derecho de Familia**", 2ª ed. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1989. 711 p.

#### **JURISPRUDENCIA.**

1. Amparo directo 4434-73. Luis Correa Rosales. 15 de noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos.- ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. tercera sala, p. 50.

2. Amparo Directo 5041/76. María Hernández Guzmán Vda. de Morales. 3 de Octubre de 1977. 5 votos.- Ponente; J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977. Tercera Sala, p. 126.

3. Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de Abril de 1970. 5 votos.- Ponente; Raúl Cuevas Wantecon.- Secretario: Gabriel Santos Ayala. Informe 1978. Tercera Sala. No. 108, p. 71.

4. Amparo Directo 2078/74. Víctor Manuel Martínez Fernández. 15 de Agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos .- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta. Boletín Año II. Agosto, 1975, Núm. 20. Tercera Sala, p. 61.

5. Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de Enero de 1988. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.- Secretario: Agustín Vidapilleta Trueba.- Precedente; Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 4 de Abril de 1987. 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- secretaria: Hilda Martínez González.

6. Amparo Directo 4699/77. Ezequiel Pantoja Castillo. 25 de Agosto de 1978. 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario.- Carlos González Zárate.