

UNIVERSIDAD LATINA S. C.



Universidad
Latina

INCORPORADA A LA UNAM FACULTAD DE DERECHO

**“LA EXCUSA PARA EL NO EJERCICIO DE
LA PATRIA POTESTAD CONFORME AL
ARTÍCULO 448 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”**

T E S I S
PARA OBTENER EL GRADO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL
P R E S E N T A:
VALERIA SARAI RAMÍREZ MEYER.

ASESOR:

DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO.

MÉXICO, D.F.

2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por darme la oportunidad de tener una familia que me ha apoyado, me ha brindado su amor y me ha dado la fuerza para alcanzar todas las metas que me he propuesto en la vida, acompañándome siempre en mi camino.

A MI MAMÁ

Por darme la vida y todo su amor, demostrándome siempre estar conmigo en las buenas y en las malas, por impulsarme a seguir adelante y por tenderme la mano cuando lo he necesitado, la amo.

A MI PAPÁ

Por los momentos que ha compartido conmigo desde que nací, demostrándome que la confianza y el cariño que me ha brindado han valido la pena para saber que puedo llegar hasta donde quiera. Gracias osito por todo lo que me has dado, siempre seguiré tus sabios consejos, te amo.

A MIS AMIGOS

Por contar siempre con su apoyo y escucharme en los momentos más difíciles, ayudándome siempre a levantarme cuando tropiezo.

A ENRIQUE DE JESÚS DURÁN SÁNCHEZ

Por ser como es, por hacerme reír, por ser sincero conmigo, por darme las herramientas para seguir experimentando una nueva vida a su lado y por ser mi apoyo incondicional.

AL DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO

Por tener la paciencia de transmitirme sus conocimientos, ayudándome a ser siempre mejor y ver más allá del éxito.

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA Y DE LA PATRIA POTESTAD.....	1
1.1. La familia en Grecia y Roma.....	2
1.2. Antecedentes en México.	
1.2.1. Época Pre colonial.....	15
1.2.2. Época Colonial.....	20
1.2.3. México Independiente.....	22
1.3 Legislación Civil.	
1.3.1. Código Civil de 1884.....	24
1.3.2. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.....	26
1.3.3. Código Civil de 1928.....	30
1.4. Antecedentes de la patria potestad.....	38
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN Y ÁMBITO DOCTRINARIO DE LA FIGURA NVESTIGADA.....	43
2.1 Concepto y naturaleza jurídica de la familia.....	46
2.1.1. Clases de familia.....	57
2.2. Definición de Filiación.....	58
2.3. Formas de constituir una familia.	
2.3.1. Matrimonio.....	59
2.3.2. Concubinato.....	64
2.4. Deberes conyugales.....	67
2.5. Respecto de los bienes de los hijos en la patria potestad.....	69
2.6. Derechos y obligaciones respecto de los hijos en la patria potestad.....	71

CAPÍTULO 3. ESTUDIO LEGAL DE LOS ORDENAMIENTOS VINCULADOS A LA PATRIA POTESTAD.

3.1. La patria potestad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....72

3.2. La patria potestad en los Tratados Internacionales.....74

3.3. La patria potestad en el Código Civil para el Distrito Federal.....76

3.4. Jurisprudencia relativa al tema de investigación.....95

CAPÍTULO 4. PROPUESTA.....97

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Sin duda, la patria potestad es una de las instituciones jurídicas que se han venido transformando de manera incesante. Tan sólo durante el siglo XX, la autoridad del padre se extendió a la madre, para de ahí convertirse en un régimen protector de los hijos menores. Estos cambios han sido consecuencia de diversos factores, entre los que destacan, por una parte, el proceso de integración de la mujer en la vida económica y política y, por otra, el desenvolvimiento de las instituciones y órganos para la atención de la infancia, lo cual ha venido a revertir la orientación patriarcal que tuvo la patria potestad en su origen.

Estamos en una época de cambios vertiginosos en todos los órdenes. Somos testigos de la degradación del núcleo social en un país de muchos modos dolido. El número de divorcios es cada vez mayor, y más numerosos los hogares con jefas de familia, lo cual tiende a acentuarse con el empleo indiscriminado de las nuevas tecnologías reproductivas. Por otra parte, la migración y el desplazamiento constante de los padres, consecuencia de la falta de recursos económicos, trae consigo el abandono del hogar y de los hijos a su cuidado. Son muchos los niños que viven en esta situación, y más aún los que carecen de los satisfactores elementales para su subsistencia. La problemática de los menores tiene diversas causas y múltiples efectos. Frente a esta realidad, la patria potestad permanece anclada a un individualismo cuya visión del mundo no corresponde a la que hoy vivimos.

En el presente trabajo se hará un análisis jurídico de lo que es la patria potestad y su evolución dentro del ámbito familiar para llegar a una conclusión, la cuál va encaminada a la excusa para el no ejercicio de la patria potestad conforme al artículo 448 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal. Quiere ser una perspectiva a través de la cual se ponga de manifiesto que todo lo relativo a la evolución histórica de la patria potestad no es producto de una decisión legislativa aislada, sino el resultado de una experiencia social específica. En este sentido, el alcance legal de la

patria potestad se fija teniendo en cuenta las mutaciones que ha cursado desde su surgimiento. Así pues, tanto el aspecto histórico como los métodos de interpretación e integración jurídica, juegan un papel preponderante en el análisis del tema que nos ocupa; sin que pase inadvertido que el estudio analítico no siempre puede resolver todos los problemas, pero al menos permite identificarlos y sugerir algunas directrices de solución.

El tema de la presente tesis va enfocado a la excusa para que una persona no ejerza la patria potestad teniendo 60 años cumplidos, edad que para mí no es aceptable, ya que pienso que una persona de esta edad todavía puede ejercer la patria potestad del menor.

En el capítulo 1 se tratarán los antecedentes históricos de la familia y de la patria potestad; en el capítulo 2 se hará un análisis de la investigación basándonos principalmente en la familia, además de que se tratará el tema de la filiación, el matrimonio, el concubinato, los deberes conyugales y el ámbito doctrinario de la patria potestad; en el capítulo 3 se analizará el estudio legal de los ordenamientos vinculados a la patria potestad, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta llegar a una jurisprudencia relativa al tema de investigación; en el capítulo 4 se encuentra el apartado de la propuesta de tesis.

Ahora bien, en cuanto a la metodología, ésta consiste en aplicar equilibradamente los métodos deductivo, inductivo, hipotético, lógico, sintético, analítico, empírico e histórico en la parte conducente de la tesis.

En cuanto a la bibliografía, es localizar a través de libros, manuales, revistas o medios electrónicos un equilibrio entre los textos clásicos y modernos de la investigación para el debido desarrollo del trabajo de investigación.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA Y DE LA PATRIA POTESTAD

Antes de comenzar a hablar de la patria potestad, es importante que desentrañemos de dónde viene esta figura jurídica, así es que primero trataremos el tema de la familia.

La familia supone una profunda unidad interna entre padres e hijos que se constituyen en comunidad a partir de la unidad hombre-mujer, aunque cabe mencionar que hoy en día se llevan a cabo matrimonios entre homosexuales.

Por otra parte, la familia moderna ha variado, con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres.

Cuando nos viene a la mente la palabra “familia”, normalmente pensamos en un matrimonio monogámico, es decir, un hombre y una mujer en edad adulta, generalmente en el periodo de aptitud reproductiva y que ejercen una plena actividad laboral y económica (aunque en muchas ocasiones esto no sucede). A ellos, el padre y la madre, los acompañan sus hijos, teniendo en cuenta que el número no tiende a ser muy elevado actualmente. Por otra parte, muchas veces se entienden incluidos en el conjunto los abuelos o bisabuelos, sobre todo en los casos en que conviven con el resto del grupo. Esas personas comparten, en consecuencia, una vivienda, que es en general más o menos adecuada a sus necesidades básicas de espacio.

El amor y la atracción sexual, origen del vínculo matrimonial, encuentran en la familia el cauce institucional por el que los individuos se integran a la sociedad. La procreación, por otra parte, dentro de la estructura familiar, adquiere un carácter

afectivo que hace posible la crianza y el desarrollo intelectual de los seres humanos.

Se ha establecido a la familia como una institución natural, es decir, como una institución propia de la naturaleza humana, toda vez que por lo general, los individuos tienden a asociarse o a reunirse en clanes, tribus, etc., ya que éstos no pueden vivir sin la sociedad.

El desarrollo inicial de la familia se encuentra claramente vinculado a un régimen patriarcal, ya que la organización patriarcal se caracterizaba fundamentalmente por la existencia de familias numerosas, normalmente basadas en la poligamia, dirigidas por el varón de más edad, además de que la mujer se encontraba en una posición subordinada y secundaria y existía la transmisión por línea masculina de bienes materiales y privilegios sociales.

“Esto confirma lo que nos dice la razón: que la familia y el matrimonio son dos instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto, han estado presentes desde que existe el ser humano sobre la tierra y seguirá existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza”.¹

Los lazos principales que definen una familia se dividen por vínculos de [afinidad](#) derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el [matrimonio](#) (que en algunas sociedades sólo permite la unión entre dos personas, mientras que en otras es posible la [poligamia](#)), y vínculos de [consanguinidad](#), como la [filiación](#) entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

¹ D. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. “Derecho Romano”, 9ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 175.

1.1. La familia en Grecia y Roma.

Grecia

“La primera institución establecida por la religión doméstica fue seguramente el matrimonio. La Ley familiar de la clásica Grecia se basó invariablemente en el concepto de casa. El vocablo significó la familia del ciudadano, colectividad que reposó invariablemente en los lazos y los deberes religiosos comunes, así como en el patrimonio común sobre el cual los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales. La religión del hogar y de los antepasados se transmitía de varón en varón. Su ejercicio no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tuvo siempre su parte en el culto. Soltera asistía, a los actos religiosos de su padre; casada, a los de su marido”.² Así, el matrimonio no sólo consistió en pasar de una casa a otra, ya que la mujer abandonaba el hogar paterno para adoptar los ritos, las oraciones y la religión del marido y estaba invocar en el hogar a dos dioses diferentes.

Como dice el Maestro De Ibarrola, la familia era una institución básica en la antigua Atenas. Estaba formada por el esposo, la esposa y los hijos (una familia nuclear), aunque también consideraban como parte de la familia a otros parientes dependientes y a los esclavos, por razón de su unidad económica. La función principal de la familia era la de engendrar nuevos ciudadanos. Las estrictas leyes del siglo estipulaban que un ciudadano debería ser producto de un matrimonio

² DE IBARROLA, Antonio. “Derecho de Familia”, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1993, pp. 100-102.

reconocido legalmente entre dos ciudadanos atenienses, cuyos padres también fueran ciudadanos. Por Ley, la propiedad se dividía al azar entre los hijos sobrevivientes; como resultado, se buscaba que los matrimonios se realizaran entre un círculo cerrado de parientes, con el fin de preservar la propiedad familiar. La familia también ejercía la función de proteger y enclaustrar a las mujeres.

“En teoría, el padre ejerce el supremo poder; puede tomar cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes y puede también exponer a sus hijos en las cimas de las montañas para que mueran, o sacrificarlos en los altares de los dioses sedientos de sangre. Esa supremacía paterna no significa, empero, que fuese aquella necesariamente una sociedad brutal, sino, únicamente que la organización del Estado era un harto rudimentario para poder garantizar el orden social, por lo que la familia, para asentar ese orden social, precisaba gozar de aquellos poderes de los que más tarde habría de apropiarse el Estado gracias a la nacionalización del derecho de matar. A medida que progresa la organización social, la autoridad paterna y la unidad de la familia disminuyen y crece la libertad y el individualismo”.³

“El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente y así nos habla el poeta de las muchachas que aportan ganado”.⁴

Además la ceremonia, a la vez de carácter familiar y religioso, va acompañada de grandes banquetes, danzas y alegría.

“La ceremonia del matrimonio entre los griegos se celebraba en tres actos:

- a) En la casa del padre en presencia del pretendiente. El padre de la joven, rodeado de la familia, ofrece un sacrificio, y por medio de fórmula sacramental entrega a su hija al joven. Desligada la hija del hogar paterno,

³ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. “La familia en el Derecho (relaciones jurídicas paterno filiales)”, 3ª edición, editorial Porrúa, México, 1997, p. 2.

⁴ WILL DURANT. “La Vida de Grecia”, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1960, p. 53.

en lo sucesivo adorará en el hogar de su esposo; entra en una nueva religión sin vínculo con la anterior.

- b) La joven es transportada a la casa del marido, a veces por éste, a veces por un heraldo. Tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la hace pasar por la puerta cuidando de que sus pies no toquen el umbral. Luego comienza en la casa el acto sagrado.
- c) En el nuevo hogar se coloca a la esposa en presencia de la divinidad doméstica, ante la cuál se le rocía de agua lustral, se toca el fuego sagrado, se recitan oraciones, y luego ambos esposos comparten un pan, una torta y algunas frutas. Así quedan colocados los esposos en mutua comunión religiosa”.⁵ Los esposos se unen con firmes lazos del mismo culto y de las mismas creencias.

Will Durant, en su obra “La Vida en Grecia”, afirma que los antiguos griegos siempre miraron al matrimonio, sobre todo desde el punto de vista del interés público, y lejos de poetizarlo en la vida privada, veían más bien en él un deber patriótico y una necesidad. La Ley ateniense negaba la elegibilidad y las funciones públicas al que no había sabido formar un hogar, y Platón dice que todo ciudadano que antes de los 35 años no haya contraído matrimonio, incurrirá en una multa anual de cien dracmas (antigua unidad monetaria de Grecia, sustituida por el euro en enero de 2002), y no tendrá derecho a que los jóvenes le demuestren el respeto que se debe a la vejez.

El divorcio, aunque permitido entre los griegos, rara vez se verificaba. A la mujer sólo le bastaba, para disolver el matrimonio, escaparse del domicilio conyugal, pudiendo además llevarse consigo todo lo que le perteneciera. El marido tomaba sus medidas para cerrar la puerta, por si de casualidad trataba aquella de volver después de la fuga del domicilio conyugal. La mujer divorciada regresaba a su propia familia.

⁵ DE IBARROLA. Op. Cit., p. 101.

Para el hombre, el divorcio era cosa sencilla (aunque hoy en día no ha cambiado mucho esto), pudiendo repudiar a su mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilidad era razón suficiente de divorcio, puesto que el objeto del matrimonio consistía en tener hijos. “Cuando el marido era estéril, la Ley permitía, y la opinión pública lo aconsejaba buscar la ayuda de un pariente, en cuyo caso el hijo que naciera se estimaba hijo del marido, estaba obligado a honrar el alma de éste luego de su fallecimiento”.⁶

Chávez Asencio, en su obra “La Familia en el Derecho (relaciones jurídicas paterno filiales)”, dice que también se autorizaba el divorcio por *mutuo disenso*. En caso de separación, aunque ella hubiera sufrido el adulterio del marido, los hijos continuaban en poder de éste.

Las mujeres eran ciudadanas que podían participar en la mayor parte de los cultos y festividades religiosas, pero eran excluidas de otros actos públicos. No podían tener propiedades, excepto sus artículos personales, y siempre tenían un guardián varón. Si era soltera, su padre o un pariente varón; si estaba casada, su marido; si era viuda, alguno de sus hijos o un pariente varón.

La función de la mujer ateniense como esposa estaba bien definida. Su principal obligación era mantener a los niños, sobre todo varones que preservarían el linaje familiar. La fórmula del matrimonio que los atenienses utilizaban, era la de entregar a la mujer para la procreación de hijos legítimos. En segundo lugar, una mujer debería cuidar a su familia y su casa, ya sea que hiciera ella el trabajo doméstico, o que supervisara a los esclavos, que realmente hacían el trabajo.

⁶ WILL DURANT. Op. Cit., p. 457.

A las mujeres se les tenía bajo un estricto control. Debido a que se casaban a los catorce o quince años, se les enseñaban sus responsabilidades desde temprana edad. Aunque muchas de ellas se las arreglaban para aprender a leer y a tocar instrumentos musicales, a menudo se las excluía de la educación formal. Se esperaba que una mujer permaneciera en su casa, lejos de la vista, con excepción de su presencia en los funerales o en los festivales, como el festival de las mujeres de Tesmoforia. Sí se quedaban en casa, debían estar acompañadas. Una mujer que trabajara sola en público o era indigente, ya no era ciudadana. La dependencia del marido era tal que podía amonestarla, repudiarla o matarla en caso de adulterio, siempre que esto estuviera probado. Las mujeres de menor rango social tenían una vida más agradable, ya que podían salir de sus casas sin ningún inconveniente, acudir al mercado o a las fuentes públicas e incluso regentar algún negocio. Al no existir presiones económicas ni sociales, los matrimonios apenas estaban concertados, siendo difícil la existencia de dotes. Además, según el autor en comento, si es cierto que numerosas niñas eran abandonadas por sus padres, ya que se consideraban auténticas cargas para la familia.

Para dar una idea de la moral familiar de los griegos, se dice que cuando un niño venía al mundo debía ser presentado a su padre y si el padre no lo levantaba en brazos significaba que no era admitido en la familia, así es que existía un gran número de niños abandonados que se encontraban en Atenas en el tiempo de su máximo esplendor.

“La familia homérica aparece como una institución vigorosa y amable en la que abundan las esposas ejemplares y los hijos fieles. Las mujeres no cumplían tan solo con su función de madre, sino realizaban, además, diversos quehaceres, moliendo grano, cargando la lana, hilando, tejiendo y bordando, apenas cosían, pues los vestidos de entonces no tenían costura y tampoco cocinaban por ser esta

tarea propia de los hombres. La mujer, a más del alumbramiento y crianza de los hijos, curaba sus heridas, enseñaba los usos y la moral y las tradiciones”.⁷

Posteriormente, se dictaron leyes, y en ellas se limitaron las dotes buscando que los matrimonios se realizaran por motivos de afecto entre los cónyuges y para la educación de los hijos, y con infantil y candorosa confianza, dispusieron que las mujeres no pudiesen tener en su guardarropa más de tres trajes. Se pidió que se legislara en contra de los solteros, mas esto no se llevó a cabo declarando que, al fin y al cabo, una mujer era una carga muy pesada de llevar.

Atenas reconocía oficialmente la prostitución y gravaba un impuesto a quienes la ejercían. Ofreciendo nuevas perspectivas al talento, la prostitución en Atenas, como en muchas otras ciudades griegas, era una profesión de gran éxito, con diversas categorías o especialidades.

De lo anterior podemos concluir, que por lo que hace a las relaciones sexuales, las costumbres y las leyes de Atenas revelan un origen masculino y significativo de matiz oriental.

Roma

La familia es una institución universal, pero puede decirse que no hay pueblo en que no exista la familia, y también debemos de tomar en cuenta que no todas las familias tienen las mismas características.

Existen diversas maneras de organización familiar, y en Roma se conoció una muy diferente a la moderna, ya que la familia romana fue sufriendo una

⁷ CHÁVEZ ASECIO. Op. Cit., p. 23.

evolución que desviándola de su primitivo concepto, iba acercándola a nuestra manera actual de concebir esta célula social.

“Excluida la mujer de la vida social, política, económica y espiritual, el poder del varón fue regulado en Roma mediante el ejercicio de la patria potestad, a quien reconocía como el jefe del grupo familiar, con carácter absoluto y unitario, con un poder que recaía igual sobre personas y cosas; de ahí que el vocablo *paterfamilias* entraña un título que designa una condición jurídica que le otorgaba una investidura de autoridad del grupo familiar de manera vitalicia, ya que no se extinguía por la mayoría de edad de los descendientes naturales o adoptivos de cualquier grado en la línea masculina”.⁸

“La familia romana era habitualmente un organismo más extenso que nuestro consorcio doméstico, por ello a la muerte del *paterfamilias*, el grupo familiar dejaba de estar sometido a la potestad de éste y se dividía en otras tantas familias como hijos varones hubiere procreando el mismo *pater*; quienes por su parte se convertían en *paterfamilias*, desprendiéndose de dicha sucesión, que a la mujer se le consideraba incapaz para ejercitar la función del jefe de la casa, y por lo tanto no podía formar una familia en el sentido romano, con lo cual quedaba excluida del ejercicio de las funciones públicas”.⁹

“Gayo afirmó que la *patria potestas* era una institución singular, específica de los romanos, ya que no existía ningún pueblo que tuviere sobre sus hijos una potestad como la que el *paterfamilias* romano tenía sobre los suyos. Sabemos que el rigor de la *patriapotestas* se mantuvo durante toda la época clásica, a pesar de la corriente flexibilizadora propia de este periodo, lo que explica el profundo respeto que el romano sentía por la autoridad y la disciplina”.¹⁰

⁸ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María. “Panorama Internacional de Derecho de Familia, Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados”, Tomo II, UNAM, México, 2006, p. 522.

⁹ Ídem.

¹⁰ SANZ MARTÍN, Laura. “Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares”, Revista de la Facultad de Derecho.

La *patria potestas* no fue ninguna forma de guarda o tutela de los miembros de la familia, no se extinguía a menos que mediara una *emancipatio*. Se consideraba a la *patria potestas* como un conjunto de poderes y facultades, entre los cuales se destacaban la potestad de aceptar o de rechazar al hijo recién nacido, vender a los hijos y a las mujeres, darlas en matrimonio, disolver el matrimonio de sus hijos. El *paterfamilias* era el único tenedor de derechos privados que actuaba autónomamente en el gobierno de la familia.

“El término familia en Roma se usaba con diversos sentidos:

1. En sentido limitado y propio de la familia es *el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe*. Era la típica *domus* romana integrada por los siguientes miembros:

- a) El *paterfamilias*.
- b) La esposa *in manu*.
- c) Los hijos de ambos sexos.
- d) Los nietos nacidos de sus hijos varones y descendientes de siguiente grado.
- e) Las personas que hubiere adoptado.
- f) Las esposas de sus hijos o descendientes de ulterior grado casadas *cum manus*”.¹¹

“No estaban sujetas a la potestad del *paterfamilias*, y por consiguiente no formaban parte de la *domus*, en sentido propio:

- a) La esposa *sine manus*.
- b) Las mujeres de sus hijos o descendientes de ulterior grado casadas *sine manus*.
- c) Los descendientes de sus hijas que pertenecían a la *domus* del esposo.
- d) Los hijos emancipados.

¹¹ LEMUS GARCÍA, Raúl. “Derecho Romano (Compendio)”, 4ª edición, editorial Limsa, México, 1979, p. 95.

- e) Las hijas casadas *cum manus*.
- f) Los hijos que daba en adopción.

2. En un sentido amplio por familia se entiende el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil, agnación, aun cuando no estén sujetas a la autoridad de un mismo jefe”.¹² Por ejemplo, al morir el *paterfamilias* sus hijos se hacían *sui iuris* y, consiguientemente cada uno de ellos (varones) tenía la patria potestad sobre sus hijos y su esposa “in manus”.
3. “En un tercer concepto el termino de familia, además de quedar incluidos los miembros señalados anteriormente, se comprendía a los esclavos y a las personas *in mancipium* del *paterfamilias*.”¹³

La familia romana es típicamente patriarcal, puesto que descansa fundamentalmente en la autoridad del *paterfamilias*. La familia de los tiempos primitivos de Roma constituía una unidad político-religiosa, gobernada por el *paterfamilias*. El vínculo familiar no se determinaba por los lazos de sangre, sino por la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre todos los miembros de la *domus*, y es por eso que se afirma que la familia romana es creación del Derecho Civil.

“El *paterfamilias* es el centro de atracción de la *domus*, alrededor de él y en su beneficio giran todos los demás miembros. Él es el amo de sus esclavos, el que ejerce la *patria potestas* sobre sus descendientes, el quien ejerce la *manus* sobre su mujer y nueras, el quien ejerce *mancipium* sobre un hombre libre que temporalmente esté bajo su poder. Por lo que hace al patrimonio, él es su titular, sus sometidos no pueden tener nada propio. Civilmente, en los primeros siglos de Roma, él es quien tiene plena capacidad de goce y de ejercicio, sólo él tiene el beneficio de las *legis actiones*, sus sometidos gozan de vida jurídica a través de él. Es el jefe religioso dentro de la *domus* y quien a ellos justicia, sus decisiones están

¹² Ídem.

¹³ Ibídem, p. 96.

atemperadas, suavizadas por la organización gentilicia y posteriormente por el censor, para que no usara en perjuicio de sus sometidos irrestrictamente el poder de vida y muerte; puede excluir de la familia a quien le plazca y asimismo puede hacer ingresar a ella extraños”.¹⁴

“Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre y donde la madre no jugó ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente sobre todo bajo el imperio donde la autoridad del jefe llegó a ser menos escueta”.¹⁵

En la época de Justiniano, la organización familiar sufre cambios sustanciales y en cuanto al vínculo de la familia se funda en lazos de consanguinidad; la potestad del *paterfamilias* se atenúa; desaparece la “manus” y los hijos estuvieron en aptitud de constituir sus patrimonios y disponer de ellos.

DAREMOS ALGUNAS DEFINICIONES DEL TEMA A INVESTIGAR:

“Parentesco: Son las relaciones de alianza o los lazos de consanguinidad que se establecen entre varias personas”.¹⁶

En Roma existía la distinción entre el parentesco civil o “agnación” y el parentesco natural o “cognación”.

“Agnatio: La agnación era el parentesco civil fundado y determinado por la potestad del *paterfamilias*. Los lazos de sangre no tenían ninguna trascendencia

¹⁴ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. “Compendio de Derecho Romano”, 4ª edición, editorial Pax-México, 1976, p. 37.

¹⁵ EUGENE PETIT. “Tratado Elemental de Derecho Romano”, editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, s.a, p. 127.

¹⁶ LEMUS GARCÍA. Op. Cit., p. 96.

para la agnación. “Son parientes a los ojos de la Ley, aquéllos que están actualmente, que han estado hasta su muerte, o que han podido estar bajo la patria potestad del mismo autor común, suponiéndole una duración indefinida”.¹⁷

“Los modos para entrar y formar parte de una familia romana, es decir, los medios de quedar sometida una persona a las *potestas* de un *pater* son:

- a) El solo hecho del nacimiento, respecto de los hijos tenidos en su matrimonio por el *pater*, o los que, en sus matrimonios respectivos, tengan los varones sometidos a sus *potestas*.
- b) La *conventio in manun* respecto de la mujer del *pater*, o de las mujeres de los sometidos a sus *potestas*.
- c) La adopción, para los extraños que estuvieron anteriormente como *alieni iuris* en otra familia.
- d) La *arrogatio* para el extraño que hubiese sido hasta entonces *paterfamilias* y entre como *filiusfamilias* en otro grupo.
- e) La legitimación para los engendrados fuera del matrimonio. Este último medio surge en el Derecho Romano cuando ya la concepción de la familia agnaticia se había deshecho. Sin embargo, sirve para someter a ciertos hijos ilegítimos a la *patria potestas* semejante a la que hoy conocemos, radicalmente diferenciada de las antiguas potestades domesticas del *paterfamilias*”.¹⁸

“Cognatio: La cognación es el parentesco natural que se funda en lazos de sangre y que, en consecuencia, se establece entre personas que descienden de un mismo tronco común en línea recta o colateral”.¹⁹

¹⁷ Ídem.

¹⁸ ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J.A. “Derecho Romano II, Obligaciones, Familia, Sucesiones”, 18ª edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 728.

¹⁹ LEMUS GARCÍA. Op. Cit., p. 96.

“Gentilidad: La gens era una institución jurídico-social en virtud de la cual un conjunto de personas, nacidas por vía de varones de un tronco común, que usaban el mismo nombre gentilicio, no tenían ningún origen servil y tampoco habían sufrido *capitis deminutio*. Estaban emparentados entre sí por los lazos de la gentilidad a los que el Derecho otorgaba efectos jurídicos relativos a las sucesiones *ab-intestato*, tutela y curatela. Se afirmaba que la *gens* no es más que una prolongación de la familia, sujeta a normas y principios que en la ingenuidad y la nobleza jugaban un preponderante papel”.²⁰

Y según Lemus García, la *gens* romana se caracterizaba por los derechos, privilegios y obligaciones siguientes:

- 1) Derechos mutuos de sucesión en los bienes del gentil fallecido.
- 2) Posesión de un cementerio común.
- 3) Ritos religiosos comunes: *sacra gentilicia*.
- 4) Obligación de no contraer matrimonio dentro de la *gens*.
- 5) Posesión de tierras en común.
- 6) Obligaciones reciprocas de auxilio, defensa y reparación de daños.
- 7) Derecho de llevar el nombre gentilicio.
- 8) Derecho de adoptar extraños en la *gens*.
- 9) Derecho a elegir y deponer sus jefes.

“Afinidad: La afinidad es el parentesco derivado del *iustum matrimonium* entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro. Se extingue por la disolución de las *iustas nupcias* o por las *capitis deminutio* de cualquiera de los consortes”.²¹

Grados de Parentesco: En el parentesco se habla de la línea recta y los grados. La línea del parentesco está formada por la serie de personas, que en diferente

²⁰ Ibídem, p. 97.

²¹ Ídem.

grado, proceden de un tronco común, que sirve de punto de referencia. La línea puede ser recta o colateral.

Línea recta es la que se constituye entre personas que descienden una de otra; puede ser ascendente, por ejemplo: padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo; o descendente: padre, hijo, nieto, bisnieto, etc.

La línea colateral está formada por personas que descienden de un tronco común, pero sin descender las unas de las otras, por ejemplo: tíos, sobrinos, primos, etc.

El grado del parentesco es el número de generaciones que hay hasta el tronco común y que viene a determinar la proximidad entre parientes. En línea recta, ascendente o descendente, cada generación es un grado, y se cuentan las generaciones menos una, que es la que sirve de punto de referencia. En la línea colateral se cuentan las generaciones de una y otra rama hasta el tronco común que no se contabiliza.

1.2. Antecedentes en México.

1.2.1. Época Pre colonial.

Según lo comenta Chávez Hayhona, el régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad social que hace que se desarrolle el Derecho y su filosofía.

Los antiguos cronistas hablan de diversos contratos existentes entre los indios a la llegada de los españoles, pero más bien se limitaban a darnos noticias de ellos, sin indicarnos en forma clara la legislación que sobre el particular había. No tenían

una codificación, y su Derecho era más bien consuetudinario. Sin embargo, puede creerse que se iniciaba el periodo de la Ley escrita (por medio de sus jeroglíficos) promulgada por el Rey.

En los tiempos antiguos de los señores chichimecas, Nopaltzin dictó algunas leyes, cuya simplicidad indica la primitiva vida de sus pueblos; se condenaba a la muerte a los adúlteros y a los que incendiaban los sembradíos; estaba prohibida la caza en terrenos ajenos, y el que tomaba animales que no le pertenecían era privado de derecho de cazar, perdiendo su arco y sus flechas. Proteger la familia y la propiedad en sus más rudimentarios aspectos, era el único objeto de aquella legislación.

“En tiempos de Netzahualcóyotl hubo una evolución en el Derecho: se aumentaron sus fórmulas e instituciones, y en ese estado la encontraron los españoles”.²²

Chávez Asencio dice que en las costumbres familiares había una enorme variedad, tanto por lo que respecta a los principios básicos del matrimonio, como por las costumbres e influencia de la familia.

Parece que la poligamia constituyó una especie de privilegio entre los pudientes. En lo referente a sus costumbres buenas y malas, se tratará primero la de los reyes y gente ilustre y luego a las de los plebeyos.

El rey tenía las mujeres que quería de todos géneros, y entre todas tenía a una legítima, la cual procuraba que fuese de linaje principal y alta sangre, con la cual hacía ciertas ceremonias que no hacía con las demás, lo cuál era poner una estera, (la más bella que podía haber) en frente de la chimenea o fogón, que en lo

²² CHÁVEZ HAYHONE, Salvador. “Historia Sociológica de México”, Tomo I, editorial Salvador Chávez Hayhone, México, 1994, p. 155.

principal de la casa había y allí sentaban a los novios, atando uno con otro los vestidos de ambos; y estando de esta manera, llegaban los principales de su reino a darles el parabién, que Dios les diera un hijo en quien como sucesión resplandeciera su nobleza y memoria; luego llegaban los embajadores de los demás reyes de México, los cuales hacían lo mismo en nombre de sus señores y sus inferiores, y ya despedidos todos, llevaban a los novios al lecho donde consumaban su matrimonio, y al cabo de cuatro días volvían a saber de ellos con muchas palabras amorosas y tiernas.

La poligamia fue una de las causas que más dificultaron la evangelización, ya que por una parte los principales no querían dejar esas costumbres, y por otra, los misioneros no sabían cómo resolver el problema moral que se les planteaba para poder establecer la monogamia excluyendo las diversas esposas. Llegaron al grado de suspender los bautizos por algún tiempo, hasta que, conociendo mejor los frailes las costumbres de los catecúmenos, resolvieron que la primera mujer era la única legítima.

Los otomíes se instalaron en un corto territorio que apenas comprendía el Valle de México y los Estados de Puebla y Morelos. En relación a sus costumbres, varios autores expresan que a los muchachos les daban niñas de la misma edad, así como que les era lícito abusar de cualquier doncella antes de casarse. Así es que los autores convienen que, cuando alguno de ellos se casaba, si hallaba en su mujer algo que le disgustara, podía despedirla y tomar otra (como sigue pasando en algunos países del oriente, en el Islam). Malas eran esas costumbres.

En relación a los Náhuas, vivían en poblaciones como la de Mexitlán (y otros convivían en estado salvaje). En relación a los que vivían en estado salvaje, vivían por los montes, sin tener casa ni habitación cierta, no comían pan ni había

maíz ni otra cosa, salvo hierbas silvestres y se dedicaban a la caza de venados, liebres, conejos, culebras, etc., para lo cual usaban arcos y flechas, y no para la guerra que no había entre ellos. No tenían algodón ni otra cosa de que hiciesen ropa, ya que vestían de los pellejos de la caza que tomaban, aunque no todos, ya que muchos andaban desnudos.

Había entre ellos una manera de conocimiento del señor principal como *paterfamilias*, y para saber dónde estaba y dónde se albergaba en la noche para que todos fueran allí, hacían señales de humo; todos los que alcanzaban a ver iban y llevaban al señor lo que en ese día habían cazado y él lo repartía entre todos de manera que quedasen satisfechos. Las parejas de las tribus náhuas salvajes se unían en matrimonio y se guardaban mucha lealtad.

Al hablar de los señores y caudillos, el señor tenía una sola mujer y lo mismo tenían todos los náhuas. Entre los náhuas de Sinaloa el matrimonio se contraía con expreso consentimiento de los parientes y sólo los jefes podían tener a más de una mujer.

Los chichimecas tenían matrimonio y mujer propia y lo celebraban por contrato de tercerías de parientes.

Entre los olmecas o toltecas, había ritos matrimoniales y consistían en colocar en los cuatro ángulos del petate o estera, el cual debería servir de lecho nupcial con cuatro manojos de cañas y en esa ponían plumas y un chalchihuitl (jade, esmeralda, esmeralda bruta, piedra preciosa). Eran los emblemas de la fecundidad cuadruplicados por razón de los cuatro elementos que intervenían y de los hijos que pedían a Quetzalcóatl. Por eso, cuando algún niño venía a este mundo, se le dirigiría la palabra diciéndole al nacido como si lo pudiera entender: “Cuando fuiste creado y enviado a este mundo, limpio y bueno fuiste creado y

enviado a este mundo, y tu padre y madre Quetzalcóatl te formó como una piedra preciosa y como una cuenta de oro muy resplandeciente y pulida. A Quetzalcóatl se le llamaba padre y madre por presentar los elementos fecundantes incluidos en los cuatro elementos”.²³

Y además, el maestro Chávez Asencio menciona también que el divorcio existía entre los indígenas, y cuando se suscitaba alguna controversia de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces contentar y poner en paz, y reñían rigurosamente al que era culpado; les decían que se mirasen y se pusieran a pensar con cuanto compromiso se habían casado y que no echasen en vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habían entendido el casamiento, además de que serían los más notados del pueblo, en pocas palabras les decían muchas cosas con la finalidad de reconciliarlos.

El adulterio se consideraba como un delito grave, y por lo general se castigaba con la pena de muerte, que se aplicaba a los dos involucrados y el marido ofendido ejecutaba la sentencia, él podía mutilar o cortar la nariz, las orejas o los labios (aunque como sabemos, en algunos países se siguen llevando a cabo penas muy duras para aquellos que cometen este delito, como en el caso de los países orientales). Entre los Teotihuacanos era raro el adulterio, pero si se detectaba uno que hubiera cometido este delito se le condenaba a morir con flechazos que le disparaban todos los del pueblo arrojando cada uno cuatro flechas. Parece que la edad para el matrimonio era a los veinte años.

²³ CHÁVEZ ASECIO. Op. Cit., p. 43.

Habiendo dudado las autoridades civiles y religiosas de la Nueva España si los indios tenían legítimo matrimonio, se narra que llegaba a México la Bula del Papa Paulo III en la época del Virrey don Antonio de Mendoza. Se reunían ambas autoridades y muchas personas que conocían de los ritos y ceremonias que usaban los indios en los casamientos. Los que más datos tenían de las ceremonias y ritos de los infieles también lo narraban. Mirándolo todo, pensando bien, determinaron ahí que sin ninguna duda los naturales de la Nueva España tenían legítimo matrimonio, y como tal usaban de él, y con esto quedó quitada la duda que antes se tenía.

En el matrimonio intervenían los padres, quienes buscaban a la novia previa conformidad del interesado; se reunían los padres y parientes en consejo de familia para escoger la novia. Había mujeres “honradas” que tenían como misión pedir a la novia, lo que se hacía con mucha ceremonia, y los padres de ésta se hacían del rogar. A la tercera visita respondían que dada la insistencia no ponían dificultad en que se efectuara el matrimonio.

Había ceremonias previas, tanto en casa del novio como de la novia, en las que se preparaba a ambos para su vida de matrimonio. Al anochecer todos los parientes con leñas encendidas en procesión acompañaban a los novios a su nueva casa, que era la del novio donde se celebraban otras ceremonias. “La suegra vestía a la nuera con un guipiyi y las casamenteras ataban las capas del novio con el guipiyi de la novia, lavaban la boca y le daban de comer cuatro bocados de un tamal, dando otros cuatro al novio terminándolo los dos juntos. Concluidos estos ceremoniales, encerraban a los novios en su recámara, que era vigilada toda la noche por las casamenteras, ministras del matrimonio. Las fiestas duraban cuatro días, y durante ellas todos los parientes vivían en la casa de los novios para

acostumbrarse a tratarse como familiares. Era frecuente que durante estos primeros cuatro días los novios hicieran ayunos y disciplinas".²⁴

1.2.2. Época Colonial.

Esta época se suscitó del año 1521 al 1810.

Chávez Asencio dice que el impacto de la conquista sobre el mundo mesoamericano tuvo repercusiones en todos los terrenos; la familia y las formas de convivencia doméstica no fueron excepciones. Los castellanos aportaron sus propias concepciones y costumbres, pero ya que no habían llegado a un territorio desierto, se produjo el choque inevitable y el posterior intercambio entre dominadores y dominados. En Castilla era notable la diferencia entre la importancia concedida a los linajes de las "casas" señoriales y la espontánea solidaridad entre parientes de origen modesto, sin timbres nobiliarios que defender. Por otra parte, la población del México prehispánico daba gran importancia a los lazos familiares, de modo que las antiguas rutinas y tradiciones tuvieron que armonizar con los nuevos criterios.

El matrimonio, además de las disposiciones generales en el Derecho Canónico y en la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que allí se presentaban.

La obra española en América, toda se basaba en el propósito de levantar a la raza indígena al nivel de la colonizadora, y en el sentido universal del Derecho, fue que éste no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas, ya fueren indios, negros, o castas, y antes bien expresamente se autorizaba

²⁴ Ídem.

por Cédulas del 19 octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias; y en cuanto a aquellos que se celebraban con negras y mulatas, no existió prohibición alguna, a pesar de haberse quejado las autoridades de Santo Domingo de la irregularidad que resultaba de que los jefes militares se casaban con negras que habían sido esclavas de otras familias, y que después del matrimonio se encontraban en mayores categorías que sus antiguos amos.

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la declaración del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí como en España, los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, y en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando éstos, de los tutores debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; exceptuándose en Indias a los negros, mulatos y castas que no fueran oficiales de milicias y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarlo, cuyo caso deberían interpretarla de sus curas y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles, ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legítima, herencias, ni otros derechos de familia.

Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios por la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre la persona de los lugares sujetos a su jurisdicción o por los padres sobre sus hijos o hijas para obtener el matrimonio económico y políticamente ventajoso, y principalmente para evitar vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares en que ejercían el mando, con perjuicio del servicio público y la correcta administración de justicia Felipe II, el 10 de octubre de 1575, dispuso: “Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en estos nuestros reinos hacen, los virreyes,

presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de nuestras audiencias de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibimos a sus hijos e hijas durante el tiempo que los padres nos sirven en los dichos cargos, pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacantes, y desde luego los declaremos por tales, para proveer en otras personas que fueren nuestra voluntad”.²⁵

En la época colonial, la familia cumplía en la elite un rol estratégico, ya que debido a la dote se fortalecían los patrimonios. El rol de la mujer consistía en conservar las tradiciones castellanas, fomentar la religiosidad y consolidar la vida familiar.

La familia en la colonia tenía tres grandes funciones: suplir al estado en la protección de sus integrantes; facilitar el traspaso de patrimonio de adultos a jóvenes; y preparar a los más pequeños para la vida.

1.2.3. México Independiente.

“El conocimiento jurídico sobre el matrimonio es anterior a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio y de ella recibe la fuerza de su dimensión jurídica.

Desde el México Independiente, hasta las Leyes de Reforma, el matrimonio fue competencia exclusiva de la Iglesia.

Por el Derecho Natural basta el consentimiento entre los cónyuges. Hasta el siglo XVI no existía Ley que obligara a observar alguna formalidad para que el matrimonio fuera valido; bastaba el acto conyugal con intención de perdurar;

²⁵ Ídem.

incluso muchos matrimonios se celebraron con base en la legislación civil vigente en esas épocas.

Evolucionó la doctrina eclesiástica en materia de matrimonio. Poco a poco fue considerándose como competencia exclusiva de la Iglesia el matrimonio entre bautizados, hasta que en el Concilio de Trento, por virtud del sacramento que se obtiene entre bautizados, lo consideró de competencia exclusiva de la Iglesia”.²⁶

De acuerdo con Chávez Asencio, hasta la fecha esta doctrina sigue siendo firme y permanente de la Iglesia. El Derecho Canónico actual expresa que el matrimonio de los católicos, aunque sólo uno de los contrayentes esté bautizado, se rige no sólo por el Derecho Divino, sino también por el canónico, salvo la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del matrimonio, (canon 1059).

La jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento al condenar varias proposiciones que negaban dicha jurisdicción, bien en lo que se refiere a la regulación de establecer impedimentos, o bien a lo que concierne a la función judicial.

“De modo explícito el concilio definió:

- a) La potestad de la Iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos;
- b) La competencia para juzgar causas matrimoniales.

De modo implícito quedó definido que la Iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de la autoridades civiles”.²⁷

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el

²⁶ Ibídem, p. 47.

²⁷ Ibídem.

siglo XVII como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos, se traducía en existencia del contrato mismo y por ello sometido al poder civil.

Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. En la primera Constitución que de ella emana en 1917, en su artículo 7 se concibe el matrimonio como un contrato civil.

Posteriormente, la Ley de septiembre de 1792 desarrolla el principio anterior, además, agregando el divorcio por mutuo consentimiento, aun por incompatibilidad de caracteres, asemejando en esa forma el matrimonio a un contrato sociedad.

México no se escapó de las ideas liberales que consideraron al matrimonio como un contrato civil.

1.3. Legislación Civil.

1.3.1. Código Civil de 1884.

En el libro “Derecho Familiar”, Guitrón Fuentevilla dice que este Código contiene una definición del matrimonio en su artículo 155, en el cual se le considera como un contrato civil.

Inexplicablemente se dio un Código Civil a los 14 años de promulgarse el primero en México; sin embargo, debemos reseñarlo como una copia de 1870, sin mayores aportaciones en el orden familiar, que entre otras instituyó la libre testamentificación, pero casi todo fue una repetición del de 1870.

Se puede afirmar que después de la laicización de matrimonio hecha por Benito Juárez a través de la Leyes de Reforma y considerarlo como institución de Derecho Civil, no se encuentra durante el pasado siglo ninguna novedad jurídica digna de mención, sobre todo en el renglón familiar.

El Código de 1884 fue de tal repetición, que incluso cayó en los mismos errores de redacción. El artículo 159 del Código de 1884 se refiere a los impedimentos para contraer matrimonio, y en la fracción VII nos habla de la fuerza o miedo graves y nos dice que en caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras no sea restituida a lugar seguro donde libremente manifieste su voluntad.

“¿Cómo puede pensarse en robarse a una persona? En este caso el legislador debió referirse a la raptada, pues el delito es de raptó, no de robo, el cual sólo se comete sobre cosas ajenas, muebles, etc”.²⁸

Otro error repetido por el legislador de 1884, es el consagrado en el artículo 183, al establecer el parentesco por afinidad por el hecho de una relación sexual, al margen del matrimonio.

Establece el artículo 183 que la afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o no, o cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Esta disposición la considero absurda, pues es infantil crear un parentesco por el hecho de una cópula ilícita.

En materia de divorcio, también fue el Código de 1884 una imitación del de 1870, con la modificación de prohibir el divorcio en el matrimonio que tuviera

²⁸ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. “Derecho Familiar”, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, s.a., p. 100.

veinte años de celebrado o cuando una mujer ya hubiera cumplido 45 años. Esto lo copiaron del artículo 277 del Código Napoleón.

El Código en comento no reguló al concubinato y a la adopción, pues como ya se mencionó anteriormente, la única novedad era la libertad de testar, pues fue la aportación de sucesiones por parte del legislador de 1884.

Después de estos ordenamientos, la situación jurídica y social en el país no permitió el desarrollo de instituciones familiares ni de leyes protectoras de la familia, siguiendo nuestro país un lento desarrollo.

1.3.2. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

El maestro Gutrón Fuentevilla, en el libro “Derecho Familiar”, señala que el nueve de abril de 1917, expide Venustiano Carranza la Ley de Relaciones Familiares, que se consideró con vicio de origen por ser promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida. Esta Ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884.

La Ley sobre Relaciones Familiares fue autónoma del Código Civil, promulgada con el objeto de regular mejor a la familia y sus instituciones principales, verbigracia, el matrimonio, la adopción, etc.

En la exposición de motivos se anota que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, y además se afirma que el sacramento, lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la fortaleció cuando menos desde el punto de vista moral, pues se hace una comparación del marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia.

El artículo 13 define al matrimonio, no como un contrato social, esto de acuerdo a los Códigos Civiles anteriores, sino como contrato civil de acuerdo con

la definición constitucional, agregando que es un vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Con base en la definición, se confirma la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y el artículo 75 señala que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer matrimonio, estableciendo no sólo el divorcio necesario, sino también el de mutuo consentimiento.

Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el artículo 40 establece que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente.

También se establece la obligación, con cargo a la mujer, de vivir con el marido, exceptuando cuando éste se ausente de la República, o se instale en un lugar insalubre. (Artículo 41).

En la actualidad, la situación mencionada anteriormente ha sido superada al colocar a la mujer en un plano de igualdad respecto al hombre, pues ahora son dos los que deciden su domicilio. Cada día la mujer logra igualar al hombre en cuanto a garantías y derechos, y nuestros legisladores cada vez colocan en el lugar que le corresponde tanto como mujer, como a la esposa y a la compañera del hombre.

El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para sostener el hogar, y la mujer tiene la obligación de atender todos los asuntos domésticos; por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos, gobierno y dirección del hogar.

En razón de lo anterior, la mujer necesita licencia del marido para obligarse a prestar servicios personales a favor de persona extraña, a servir en un empleo, ejercer una profesión, establecer un comercio, etc. La mujer tiene plena capacidad, siendo mayor de edad, para administrar sus bienes y disponer de ellos, y así ejercer todas las acciones que le competan sin autorización o consentimiento del esposo.

Otro aspecto interesante de la Ley en comento lo encontramos en materia de nulidades, respecto al matrimonio cuando el artículo 119 nos dice que no se admitirá a los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades contra el acto de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión del estado matrimonial.

“Considero un error del legislador pretender que en el matrimonio haya varias solemnidades, pues si bien es cierto que el matrimonio es un acto solemne, lo es en el momento mismo de la celebración, es decir, cuando el oficial del Registro Civil declara casados al hombre y a la mujer; pero tanto los actos preparatorios, requisitos, etc., como los posteriores, establecimiento del domicilio conyugal, etc., no son solemnidades, de donde sostenemos que aun cuando no se poseyera el estado matrimonial, existirá el matrimonio y aquí vemos la influencia del Derecho Canónico en cuanto al matrimonio consumado y al no consumado, el cual podía anularse por el privilegio de la fe o por el privilegio pretino”.²⁹

También en relación a la patria potestad, se equiparan ambos cónyuges, y el artículo 241 establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre. Elimino la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, como por ejemplo lo que se refiere a los adulterios, los incestuosos; se dispuso que los hijos naturales sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor que los haya reconocido, y premeditadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar

²⁹ Ibídem, p. 105.

en relación con su progenitor, aun cuando tales derechos ya se otorgaban en los Códigos Civiles de 1970 y 1984.

Un precepto con gran sentido protector familiar, y en especial de los hijos, fue el del artículo 128, el cual dice que el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dura; y en todo tiempo, en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado antes los consortes, o desde la separación de éstos, en caso contrario.

Aun cuando el legislador no aclaró cuándo un matrimonio es de buena fe y cuando de mala fe, nos interesa más que el resultado del mismo favorezca ampliamente a los hijos.

En razón de lo anterior, el artículo 156 sostiene que para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y que vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al Registro Civil.

Se le quiso dar personalidad jurídica la feto, condicionándolo a su viabilidad o a presentarlo vivo al Registro Civil, en un lapso determinado.

“Sin mayor explicación o razonamiento, se introduce la adopción en nuestro Derecho Civil que comprendían los artículos 220 al 236, institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra en el año 1861 había sido desconocida por considerarse enteramente inútil y del todo fuera de nuestras costumbres, por lo que la omitieron de los códigos civiles de 1870 y 1884”.³⁰

³⁰ *Ibíd.*, p. 63.

En cuanto al matrimonio para adoptar, no puso impedimento alguno y considero que fue en error, pues si un matrimonio adopta a una persona teniendo hijos, es perjudicial, pues la adopción es preferible para una persona que no puede tener hijos.

Existió discriminación cuando no se permitió a la mujer adoptar sin consentimiento del marido, y en cambio al hombre sí se le permito adoptar sin consentimiento de su esposa, con la única obligación de no llevarlo a vivir al domicilio conyugal.

Esta Ley también reflejó el carácter paternalista medieval protector de la mujer mexicana. Por ejemplo, cuando dice que las mujeres mayores de 21 años, pero menores de 30 años no podrán dejar la casa paterna sin permiso solo en casos excepcionales como para casarse o por mala conducta de la madre.

En otras disposiciones empezó a desaparecer la absurda “protección” de la mujer, la cual más que protegida, estaba privada de sus derechos esenciales como ser humano, pues casi la convirtió en cosa y la dejó al capricho del hombre.

En relación a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sustituyó el régimen legal de gananciales por el régimen legal de separación de bienes. Podemos concluir que esta Ley fue un gran paso a la protección familiar y un argumento más legislativo.

Dicha Ley fue abrogada por el legislador de 1928 y se resumieron las situaciones familiares en el Código Civil actual.

1.3.3. Código Civil de 1928.

Conviene destacar que en este Código se trata por primera vez el tema del concubinato. La exposición de motivos señala que hay que reconocer que hay entre nosotros, y sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de

formar una familia, que es el concubinato. Que esto no va en contra del matrimonio ni es demérito de esa forma moral y legal de constituir la familia, pero que el legislador no puede quedar al margen de estos problemas sociales que en alguna forma se reconocen.

El maestro Chávez Asencio menciona que el reconocimiento que se hace es indirecto. Las relaciones entre concubenarios no aparecen reguladas. Originalmente sólo tenían derecho a los alimentos cualquiera de los concubenarios en caso de sucesión legítima. Existe una presunción de los hijos del concubinario y la concubina previsto en el artículo 223 del Código Civil semejante a la presunción que existe en relación a los hijos habidos en el matrimonio.

Los elementos dentro del concubinato pueden encontrarse en los artículos 1635 fracción V y 1638 del Código Civil, en donde se señala que ambos deben vivir como si fueran marido y mujer durante cinco años, o si tuvieran hijos y han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato; en esas circunstancias se tiene derecho a los alimentos por testamento y al derecho a heredar por la concubina. Esta apertura influyó posteriormente en otros códigos. Así encontramos el Código del Estado de Morelos de 1945, que señala que en el artículo 403 la obligación de darse alimentos, y que corresponde a los mismo términos de los cónyuges y también se hace referencia a la sucesión.

También se proyecta en la leyes federales, como observamos en la Ley Federal del Trabajo en el artículo 501, que hace referencia al concubinato, así como también hace referencia a esta unión de hecho la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Este ordenamiento legal fue modificado en varias ocasiones. Se observa que algunas modificaciones han sido convenientes. Sin embargo, otras responden a posturas o intereses de cada gobierno que reformaron algunas disposiciones del

Código Civil, sin tomar en cuenta nuestra realidad socio-económica, sólo para presentar ante el mundo una legislación aparentemente muy avanzada.

Por otra parte, Guitrón Fuentevilla dice que respecto de la profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados, y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales y el Derecho que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir las influencias de esa crisis. El cambio de las condiciones de vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación y el Derecho Civil, que forma parte de ella, y no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que la sociedad ha experimentado, ya que hubiera sido mejor promulgar un Código Civil decididamente socialista y no tibio en cuanto a la protección social de la familia y la solidaridad mencionada por ellas en la exposición de motivos.

La distribución de la riqueza, a pesar de la gran intervención estatal en materia jurídico-económico, ha sido nula y nuestro pueblo sigue hundiéndose más cada día en cuanto a esa equitativa distribución de la riqueza.

Si el legislador de 1928 pensaba extender su protección a los socialmente débiles e ignorantes, debió hacerlo sin temores y con la seguridad de estar haciendo lo justo y lo debido, y no dejar que intereses extraños opacaran su buena voluntad.

Algunas de las novedades aportadas por este ordenamiento fueron el equiparar al hombre y a la mujer en cuanto a capacidad jurídica para administrar sus bienes, la sociedad conyugal, ejercer cualquier empleo moral sin descuidar el hogar y a sus hijos, etc; se le dio la igual autoridad al marido en el hogar; en fin, hubo una

revaloración de la mujer mexicana, la cual había sido considerada antes como un mueble o una cosa más en el hogar.

Otra aportación valiosa fue la equiparación de los hijos habidos fuera del matrimonio y los llamados legítimos. Se procuró darles los mismos derechos, calificando a los padres ilegítimos y no a los hijos. Se concedió, en determinados casos, la investigación de la paternidad y de la maternidad. También se reglamentaron efectos jurídicos respecto a la concubina y a los hijos, permitiendo la sucesión a través de llenar ciertos requisitos.

Al reglamentar el divorcio y establecer el administrativo, pusieron bases para terminar con la unidad familiar, pues fue un error permitir la disolución del vínculo matrimonial ante el oficial del Registro Civil, al cuál en este caso se le investió de dos o tres poderes de la República, pues primero como funcionario forma parte del Poder Ejecutivo y, en segundo, al realizar disoluciones del vínculo matrimonial, está actuando como Juez, es decir, investido de la categoría judicial.

En cuanto a la tutela, fueron escuetos en su regulación, no en cuanto al número de artículos, sino al fondo y la esencia de la institución, pues es evidente que el legislador se preocupó más por los bienes del tutelado que de su persona, además no crearon las instituciones adecuadas al desarrollo y protección de los menores, sobre todo de los que carecen incluso de padres.

Hasta aquí en cuanto a la exposición de motivos a cerca de la primera parte del código, o sea, la regulatoria de la familia y por la cual se trata de luchar para declarar su autonomía.

El actual Código Civil fue un adelanto en el orden civil en general, pero Guitrón Fuentesvilla reprueba que la Ley sobre Relaciones Familiares haya sido abrogada

al entrar en vigor el Código Civil actual, pues entiende que marcaron los legisladores de 1928 un retroceso en materia familiar, pues hubiera sido más sistemático y positivo para la familia haberle dado un Código Familiar con carácter federal, apoyados en la magnífica Ley sobre Relaciones Familiares dada por don Venustiano Carranza en 1917. En última instancia estimamos que al menos se pudo mejor y, en su caso, modificar y adicionar la Ley de 1917, pero en ningún caso se debió abolir al promulgar el Código Civil. En apoyo de lo anterior, en materia familiar el Código de 1928 casi copió la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Ahora, algunas innovaciones en materia familiar consagradas en ese Código, fueron: introducir como impedimento para celebrar matrimonio el adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

También se dio como impedimento el señalado en el artículo 157, el cual dice que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico de la adopción.

En cuanto a las obligaciones resultantes del matrimonio, el legislador de 1928 hizo algunas reformas a lo establecido en esta materia por la Ley sobre Relaciones Familiares, entre otras la establecida en el Artículo 167 del Código Civil que dice que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En el caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados, el Juez de lo Familiar correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin solemnidad de juicio, pero oyendo a las partes y recibiendo sus pruebas, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.

También otorgó el legislador del actual Código Civil un derecho más a la mujer, completado en el gobierno de Ruiz Cortínez, con un decreto del 21 de diciembre de 1953, donde se afirma en el artículo 169 que la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior (que se refiere al trabajo y dirección en el hogar que debe desempeñar la mujer), ni se dañe la moral de la familia o la estructura de esta.

En el capítulo correspondiente a la sociedad conyugal, el legislador de 1928 estableció respecto a las capitulaciones matrimoniales consignadas en el artículo 189 del actual Código Civil, las fracciones II, VI y IX, adicionándolas a las disposiciones establecidas en el artículo 1986 del Código Civil de 1884. Los mencionados preceptos en general se refieren a los bienes de la sociedad conyugal, a la manera de repartirse los productos de ella y a la forma de liquidar la sociedad. En el mismo capítulo agregó el legislador de 1928, el artículo 188 que señaló el camino para terminar la sociedad conyugal durante su matrimonio.

Refiriéndonos a los matrimonios nulos e ilícitos, se dieron los artículos 247 y el 256 que en su fracción II expresa que si ha habido mala fe de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos, pues en la Ley sobre Relaciones Familiares, en el artículo 129, sólo se refería al matrimonio contraído de buena fe por parte de uno sólo de los cónyuges.

Asimismo, los artículos 271 y 272 son aportación exclusiva del legislador de 28; en el artículo 271 se dice que para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad.

El artículo 272 nos dice que cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Este artículo fue un grave error porque hizo más fácil la disolución de la familia, al permitir la ruptura del vínculo matrimonial por un empleado que ni siquiera se le exige, para serlo, tener el título profesional de Licenciado en Derecho.

En materia de alimentos, son disposiciones nuevas en el Código Civil consignadas en el párrafo segundo del artículo 305, al expresar que faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de suministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Y el artículo 307 dispone que el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en la que tienen el padre y los hijos.

En cuanto a la paternidad de los hijos que se presumen de los cónyuges, se agregó al artículo 324 el párrafo final de la fracción II al expresar que este término (se refiere a los hijos nacidos dentro de los 300 días que siguen a la disolución de matrimonio) se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial; en todos los demás aspectos sobre paternidad, se adoptaran las disposiciones de la mencionada Ley sobre Relaciones Familiares.

El artículo 323, inspirado en el 73 de la Ley sobre Relaciones Familiares expresa que la esposa, que sin culpa suya, se vea obligada a vivir separada de su marido podrá pedir la Juez de lo Familiar del lugar de su residencia que obligue a su esposo a darle alimentos durante la separación y a que le ministre todo lo que haya dejado de darle desde que la abandonó. El Juez, según la circunstancias del caso, fijará la suma que el marido debe ministrar mensualmente, dictando las medidas necesarias para que dicha cantidad sea debidamente asegurada y para que el esposo pague los gastos que la mujer haya tenido que erogar con tal motivo.

Una aportación en materia familiar hecha por Adolfo Ruiz Cortínes fue el artículo 372, que reformado afirma que la mujer casada podrá reconocer, sin el consentimiento del marido, a su hijo antes de su matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso del esposo.

Su referencia ésta en el artículo 215 de la Ley sobre Relaciones Familiares, ésta fue una de las ventajas de la igualdad jurídica de la mujer frente al hombre.

Se sancionó a ciertas personas para ser tutores, y así se agregaron al artículo 503 las fracciones V y XII que manifiestan, en una, que el que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad..., y en otra, que el que padezca enfermedad crónica contagiosa...

Se permitió a la mujer por ignorancia, inexperiencia, timidez y por causa grave, excusarse de ser tutor, de acuerdo con la fracción VIII del artículo 511, que fue la única aportación del legislador de 1928 en cuanto a este tema. El artículo 522 dice que la garantía que presten los tutores no impedirá que el Juez de lo Familiar, a moción del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

Los últimos artículos reformados fueron: el 624 fracción II, 631, 632, 633, 634.

1.4. Antecedentes de la patria potestad.

Ignacio Galindo Garfias, en el libro “Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia”, afirma que la patria potestad viene de la expresión latina *patrius, a, um*, lo relativo al padre, y *potestas*, que significa potestad.

Podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como una *sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad*.

“Durante mucho tiempo el *pater familias* pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas, como podía romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecían. Podía venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda. Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo.

En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían el mismo valor pecuniario.

La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.

Por lo que hace a la patria potestad germánica, en ella la familia presenta un tipo más reducido, casi de carácter militar. Al casarse, el marido adquiere una potestad que se llama *Munt* sobre la mujer y los hijos de ésta”.³¹

La patria potestad se parece algo a la romana. La ejerce solamente el padre; éste tiene una facultad de corrección que puede llegar hasta la pena de muerte. Por ejemplo, si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede “hacer de ella lo que quiera”. La hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre, quien puede venderla. El contacto con los romanos descompuso en cierto modo esta organización de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos, se estableció el divorcio.

Por otra parte, Manuel Peña Bernaldo de Quiros dice en el libro “Derecho de Familia”, que el régimen de la patria potestad ha dependido del distinto significado de la familia en las sucesivas etapas históricas.

En el Derecho Romano, la familia tenía una significación muy superior a la familia actual. “Dentro de cada familia se reconoce al *pater-familias* con un amplísimo poder sobre todas las personas sometidas a su *potestas o manus*.

La patria potestad romana se caracterizaba, frente a la patria potestad actual:

1. Por el carácter patriarcal. Quedaban sometidos al padre los hijos y los descendientes de los hijos.
2. Por el carácter absoluto del poder. En lo patrimonial, el padre se hace dueño de cuanto adquieran los hijos.
3. Por el carácter perpetuo de la sumisión. La patria potestad persiste mientras viva el padre. Los hijos y los descendientes siguen sujetos

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia”, 9ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, pp. 180-182.

a la patria potestad cualquiera que sea su edad y aunque contraigan matrimonio. Si bien era posible la salida de la patria potestad mediante la emancipación”.³²

En el mismo Derecho Romano cambia, con el paso de los siglos, la concepción sobre la patria potestad. El poder del padre se humaniza. Los hijos que siguen sometidos a la patria potestad a pesar de haber alcanzado la plena edad, consiguen cierta independencia jurídica a través de la doctrina de los peculios. Los peculios son masas patrimoniales respecto de los cuales se reconocen al hijo especiales derechos o facultades.

En la Edad Media, confluyen dos concepciones distintas de la familia romana y la germánica, y a la vez las doctrinas e ideas del cristianismo.

En el Derecho Germánico, el poder del padre no tiene el mismo carácter perpetuo que en el Derecho Romano. El hijo obtiene independencia jurídica con más facilidad, no por llegar a cierta edad, pero sí por el matrimonio o por entrar al servicio de las armas.

Es la concepción romana, suavizada con las ideas cristianas, la que se extiende por Europa con la recepción del Derecho Romano. Pero en diferentes textos medievales se rechaza expresamente el régimen romano.

Suárez Franco menciona en el libro “Derecho de Familia” que el término “patria potestad” proviene de dos acepciones latinas que corresponden a dos ideas definidas: *patria*, que quiere decir *padre*, y *potestad* que equivale a decir *poder*; consecuentemente, *patria potestad* equivale a *poder del padre*.

³² PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. “Derecho de Familia”. 3ª Edición, Editorial Universidad de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 1989, pp. 120-122.

La familia se concentraba en su jefe; el poder del padre, aunque integral y único, se presentaba bajo tres modalidades: el *dominium*, que implicaba el poder económico sobre los bienes de la esposa e hijos; la *manus* que comprendía el poder de la familia sobre la persona y bienes de la esposa; y la *potestas*, poder que se empleaba primordialmente para mantener subordinados directamente a los hijos del padre.

“Ello tiene una génesis lógica; la casa romana era un mundo cerrado cuya dirección estaba reservada con exclusividad al padre, quien en últimas era Juez, conductor y sacerdote de las personas que se hallaban bajo su jurisdicción.

La patria potestad confería al padre poderes casi omnímodos sobre la persona y bienes de sus hijos; en razón de ello, podía el padre abandonarlos, venderlos, prohibirlos, contraer matrimonio e imponerles castigos corporales y aun la muerte.

La propiedad de las cosas y de los esclavos, la potestad marital y la patria potestad se presentan como el desarrollo de una misma idea primitiva y que ha llagado a constituir ideas distintas e independientes: la familia era el campo de acción de la potestad; la *manus*, el símbolo del poder: el poder mismo. El jefe de familia tenía el poder sobre la persona de los *alieni iuris*. Así, mientras en el derecho antiguo las expresiones *manus*, *dominus*, *potestas* servían indistintamente para designar todo el poder sobre personas y cosas, el derecho moderno reserva la palabra *dominum* para cuidar el poder o propiedad de las cosas, la *potestas* para expresar el poder sobre miembros de la familia, el cual implica la *dominica potestas* sobre los esclavos; *patria potestas* sobre las personas libres y, por último, la *manus* o el poder del marido sobre la esposa”.³³

Como ya se mencionó, la institución de la patria potestad se origina en el derecho romano y el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha

³³ SUÁREZ, Franco. Derecho de Familia. Tomo II, 3° edición, editorial Temis, Colombia 1999, pp. 168-170.

venido variando a lo largo del tiempo y del cual subsiste exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del *paterfamilias* sobre todos sus descendientes y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

Baqueiro Rojas Edgard y Rosalía Buenrontro Báez en el libro “Derecho de Familia y Sucesiones” dicen que se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a tal grado que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. “El *pater* era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho. Por el sistema de los peculios el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse en nuestros días en una institución protectora del menor establecida en provecho de éste y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres, y a falta de estos por los abuelos, independientemente de su sexo. Tienen carácter transitorio, pues solo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad del goce del menor y sólo se limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio”.³⁴

³⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, D.F, 1990, pp. 225-226.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN Y ÁMBITO DOCTRINARIO DE LA FIGURA INVESTIGADA

¿Qué pasa con aquéllas mujeres que se embarazan a los 50 años?, ¿A caso cuando sus hijos tienen 10 años en verdad se excusan de ejercer la patria potestad de su hijo por el simple hecho de tener cumplidos los 60 años como lo menciona la fracción I del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal? A mí sinceramente no me parece adecuado que una persona se excuse de tener una responsabilidad que él o ella misma crearon por el simple hecho de tener 60 años, pienso que todavía pueden hacerse cargo de su hijo hasta que éste cumpla la mayoría de edad. En todo caso, se necesita ver la situación concreta de las personas que ejercen la patria potestad.

Las sociedades modernas permiten que las madres sean cada vez mayores y traigan a este mundo bebés cuando su edad supera los 50 años. El record lo ostenta Adriana Iliescu, de la que por medio de Internet me enteré de que es quien se convirtió en la madre más longeva del mundo al dar a luz a los 67 años de edad a su hija (tras recibir un tratamiento hormonal). Cuando su hija llegue a la mayoría de edad, Adriana tendrá 85 años, si es que llega a esa edad. Lo mismo pasó con Patricia Rashbrook, quien a sus 62 años de edad dio a luz a su tercer hijo y cabe destacar que a esas edades (pasados los cincuenta años) la mayoría de las mujeres que se embarazan es porque recurren a técnicas de fertilidad. Aunque claro, estos ejemplos los manejamos de forma excepcional.

Primero no se tienen hijos cuando las madres son jóvenes porque prefieren vivir su vida, y cuando han dado la vuelta al mundo y están de vuelta de todo, tienen la vida resuelta, con un pie en la jubilación, a los cincuenta años, en plena crisis existencial, ¿y qué pasa? necesitan un impulso, una razón para vivir y mantenerse a flote, y la solución es entonces tener un hijo. Habría que pensar en ellas y

también en su bebé, así como en la vida que le van a dar al mismo. Por mucho que a los 50 años una mujer esté llena de vitalidad, cuando su hijo sea adolescente ella estará ya jubilada y rondará casi los 70 años (aunque esto no es pretexto para no hacerse cargo de su hijo) y estamos de acuerdo en que a nadie le gusta perder a un padre o una madre cuando se es joven y lo de tener abuelos ya es imposible en este caso.

La tendencia de todos modos es ir al alza y la edad media de la maternidad sigue aumentando.

La patria potestad no es renunciabile. Sólo puede ser objeto de excusa, cuando quienes deben ejercerla han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función.

La patria potestad se acaba:

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II. Con la emancipación, derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo. (Artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal).

De este precepto se desprende, que mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de éstos los ascendientes (abuelos paternos o abuelos maternos) tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección de aquél.

Además, en los casos de extinción de la patria potestad, en que ésta desaparece de un modo absoluto y en los cuales debe ser sustituida por la tutela, existen casos en los que se suspende o se pierde el ejercicio de la autoridad paterna. En estos supuestos, no se extingue la patria potestad; su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

Según el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se suspende:

- a) Por la interdicción de la persona a quien corresponde su ejercicio, declarada por sentencia judicial.
- b) Por ausencia declarada en forma.
- c) Por sentencia que imponga como pena esa suspensión.

La patria potestad en el caso de ausencia, debe entenderse en 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.

En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso. (Artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal).

¿Porqué cambiar la edad de sesenta a sesenta y cinco años? Porque me parece que una persona de sesenta años todavía puede hacerse cargo de un menor y ejercer la patria potestad de éste por las razones ya mencionadas.

Según el diccionario jurídico mexicano de la Universidad Nacional Autónoma de México, la patria potestad es la institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

También el mismo diccionario dice que José María Álvarez la definió en 1827 como aquella autoridad y facultades que tanto el Derecho de gentes como el

civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados.

De 1827 a nuestros días, el concepto no ha variado gran cosa. Galindo Garfias expresa que es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo importante, independientemente de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendiente-descendiente.

Definir a la familia no es tarea fácil, y tampoco parece que convenga una sola forma de definición. Desde su base biológica (que concierne a la mera reproducción, y que se proyecta más allá en lazos de sangre), pasando por la función de asegurar la nutrición y socialización de sus miembros (haciendo continuas referencias al modo y condición de los ancestros), hasta que se asegura la formación de una nueva unidad familiar a partir de la camada subsiguiente, los procesos que atañen a esta red social primigenia son complejos y problemáticos.

2.1. Concepto y naturaleza jurídica de la familia.

“Concepto jurídico de familia. En un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. En un sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad.

La familia normal, la que la moral prohija y la Ley ampara, es la que se estructura sobre el matrimonio. Cabe admitir, sin embargo, que también constituyen familia las fundadas en una simple unión concubinaria”.¹

La mayor fortaleza de la familia es esa cohesión y solidaridad que existe entre todos sus miembros, ya que nosotros nacemos, vivimos, crecemos, nos desarrollamos y morimos en familia en gran mayoría.

Es importante destacar que como núcleo social que es, fundado en la naturaleza y en las necesidades humanas tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, etc., la familia no se halla exclusivamente regida por el Derecho, ya que en ningún otro campo influyen como en éste la religión, las costumbres y la moral.

“En términos generales, la *familia* (nuclear) es el conjunto de personas que descienden de un mismo tronco común y se hallan unidas por lazos de parentesco (padre, madre e hijos). El concepto de familia en sentido amplio o extenso implica a todo el grupo de personas que descienden de un mismo tronco común, en el que se incluyen a los parientes más cercanos y a los que tienen un estrecho vínculo de parentesco por afinidad (padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos, suegros, yerno, nuera, etcétera)”.²

En efecto, y haciendo un desglose de lo que es la familia, podemos decir que:

- a) La familia es la cédula biológica primaria de la sociedad.
- b) La familia es el fundamento de la sociedad.
- c) Es una institución moral.

¹ BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil, (Familia I)”, 9ª edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 21.

² TAPIA RAMÍREZ, Javier. “Introducción al Derecho Civil”, editorial Mc. Graw Hill, México, s.a, p. 203.

- d) Sus derechos son naturales, nacidos con anterioridad a la existencia del derecho positivo.
- e) Esos derechos son también posteriores a la ley positiva.
- f) Ese derecho natural es superior y de más entidad y privilegio que el derecho positivo.
- g) Esos derechos son inalienables e imprescriptibles.
- h) La familia tiene autoridad por sí misma.
- i) La familia no sólo tiene derechos, también tiene deberes.
- j) El Estado como organización jurídica es posterior a la familia.
- k) El Estado reconoce todos esos fundamentos, derechos y deberes y les confiere no sólo su reconocimiento, sino también su amparo.

La *Familia* es la institución creada por el amor y protegida por el matrimonio, mismo que queda regulado por la sociedad y el derecho, a través del matrimonio civil y por la religión, por medio de la unión eclesiástica.

La familia es el pilar de la sociedad. Del amor que exista en ella, dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes, hemos de procurar buenas familias. La regulación que dé el derecho a la familia, se reflejará en el esplendor de una buena sociedad. Pero no sólo hay que conformarse con las normas que se nos dan; hemos de alcanzar una madurez, y poder de criterio suficiente, para analizar nuestras propias situaciones, tanto físicas como económicas. Hay que mantener a la familia dentro del fuego de un constante amor, mismo que nos ayudará a una mejor comprensión con nuestros semejantes.

Al unirse un hombre y una mujer, deben hacerlo pensando en la gran responsabilidad que adquieren. Porque no sólo son él, o ella, sino que son, él y ella, seres que emprenderán una nueva vida, llena de ilusiones y de amor. Esto debe ayudarles para que, *al formar su familia*, piensen que no solamente son ellos la parte fuerte de la misma, ni que *todo queda dentro de su hogar*. Es por ello que aquellos que tenemos la oportunidad de adentrarnos en el saber y la cultura,

debemos meditar que no sólo se trata de formar una familia, sino que hay que estructurar una familia espléndida, recta y moral, para bien propio y de la sociedad.

Y ¿por qué se protege a la familia con el matrimonio? Porque el amor de los padres se debe reflejar en los hijos y los hijos que han nacido en un hogar lleno de cariño al convertirse en adultos y formar sus propios hogares, enseñarán a sus descendientes lo que de sus padres aprendieron.

Si meditamos esta situación, y la ponemos en práctica, México será un país próspero. Y no sólo nuestro país, sino el mundo entero, entrarán en una bella etapa de paz y comprensión porque, aunque parezca mentira, si formamos buenas familias, vamos a formar buenas naciones.

Al hablar de familia se hace referencia a un grupo de personas que teniendo lazos de parentesco viven juntas bajo la emoción del amor. Es decir el amor es una emoción básica en la relación intrafamiliar. Cuando no existe la pasión de vivir juntos la familia se desintegra como tal. El amor es el motor que mantiene a la familia unida y constituye el principal alimento para el crecimiento y desarrollo de los hijos, y la relación de pareja.

La palabra amor identifica el afecto, de necesidad de estar cerca del otro pero por sobre todo la aceptación incondicional del que se ama. En la familia el amor es la emoción básica que sustenta las relaciones entre padres e hijos y entre los integrantes de la pareja. En la familia se recibe el amor y se aprende a darlo a los demás, en la familia se aprenden las formas de expresión de dicho amor y se aprende a compartir y a aceptar a los demás.

Sin embargo, este aprendizaje no siempre se da adecuadamente en las familias, ya que en muchos de los hogares el deterioro en la relación en la pareja, o la historia personal de cada uno de los integrantes adultos de la familia, no les permite vivir y expresar este amor. Muchos de estos casos provienen de familias en las cuales no vivieron el cariño de parte de sus padres y no tuvieron un modelo adecuado que les permitiera primero, sentirse queridos y aceptados, y segundo sentirse capaces de entregar lo que cada uno tiene dentro de sí. Generalmente este tipo de familias son muy negadoras del otro y tienden a la violencia y el maltrato como una forma de resolver las diferencias.

Cuando una familia es capaz de aceptar a los demás y aceptar las emociones u opiniones de los otros se puede trabajar en la solución de las diferencias de manera no violenta, es más, se puede aceptar que dos o más integrantes de la familia tengan diferente postura u opinión y ello no constituye un problema.

“FAMILIA ES EL CONJUNTO DE PERSONAS NATURALES, FÍSICAS O HUMANAS, INTEGRADAS A TRAVÉS DE UN CONTRATO DE MATRIMONIO DE DOS DE ELLAS, O INTEGRADAS POR LA APARIENCIA O POSESIÓN DE ESTADO DE CASADOS, O POR LAZOS DE PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD, AFINIDAD O CIVIL, QUE HABITAN EN UNA MISMA CASA, LA CUAL CONSTITUYE EL DOMICILIO FAMILIAR, Y TENGAN POR LEY, O POR ACUERDO, UNIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DEL HOGAR FAMILIAR”.³

Por otra parte, De la Mata Pizaña en el libro “Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito federal”, dice que si bien el vocablo familia viene de *famel* que en el idioma de los oscos significa siervo, en términos generales pareciera que la familia es aquel grupo humano primigenio natural e irreductible que se forma con la unión de la pareja de un solo hombre con una sola mujer, y su linaje. Esta definición es casi evidente, sin embargo, consideramos que

³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “Derecho Civil para la familia”, editorial Porrúa, México, 2004, pp. 140 y 141.

el término “familia” es equívoco e indefinido en cuanto a sus sujetos y alcances jurídicos.

Desde el punto de vista social y etnológico (especialmente entre los pueblos latinos) se ha sostenido que existe, además de la familia nuclear –pareja e hijos- la extensa que incluye también a los ascendientes de una o ambas líneas, la descendencia en segundo o ulterior grados, a los colaterales hasta el quinto o sexto grados, afines y adoptivos.

“Desde la perspectiva jurídica debemos entender por familia aquella institución natural de orden público compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado”.⁴

Ahora, el maestro Galindo Garfias afirma que, en sentido amplio, la familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden e identidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca) a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de la familia únicamente comprende a los ascendientes y a los parientes en la línea colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos).

⁴ DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. “Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal”, 2a edición, editorial Porrúa, México, 2005, pp. 9 y 10.

Por otra parte, Baqueiro Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro Báez en el libro “Derecho de Familia y Sucesiones”, dicen que los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

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

Los mismos autores dan una definición de lo que es el concepto jurídico de familia, y afirman que este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la Ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma

familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la Ley hasta determinado grado o distancia. Así, en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro Derecho Civil vigente.

Es necesario aclarar que no siempre ha sido así, pues en otros tiempos y en otros lugares, el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

“¿Qué es una familia?”

Ya que es preciso adoptar una definición, una familia puede ser definida como una reunión de individuos:

- unidos por los vínculos de la sangre;
- que viven bajo el mismo techo o en un mismo conjunto de habitaciones;
- con una comunidad de servicios”.⁵

Según Abbate, en el libro “Armonía conyugal, aportes médico-psicológicos”, se evidencia la importancia que tiene el enfoque multidimensional en el campo médico-psicológico cuando es necesario entender los modos de concebir la familia y el matrimonio que tienen sus integrantes, y la influencia que poseen con frecuencia esas concepciones en la conducta sana o patológica que manifiestan en el matrimonio.

En un sentido empleado habitualmente, *la familia* consiste en un grupo de personas vinculadas entre sí por matrimonio o por parentesco, que viven en una misma casa bajo la autoridad de una de ellas o la autoridad compartida por dos o

⁵ CASTELLÁN, Yvonne. “La familia”, editorial Fondo de cultura económica, México, 1995, p. 7.

más de las personas que integran el grupo. Incluye a los parientes por consanguinidad (descendientes, ascendientes y colaterales), a los parientes por afinidad o “parientes políticos” (cuyo parentesco se produce mediante el matrimonio entre un cónyuge y los consanguíneos del otro cónyuge), y a las personas que entre sí se vinculan por medio del matrimonio. Los cónyuges que integran una familia sólo en sentido familiar se les llama parientes el uno respecto del otro: en sentido estricto no están vinculados por el parentesco.

“Sociológicamente, en su forma contemporánea más extendida, la familia está constituida por la asociación estable de un varón y una mujer, con sus hijos. Estos miembros de la familia forman el *núcleo familiar*, llamado también *familia nuclear*. En ocasiones la familia nuclear es una *familia incompleta* o *familia monoparental*, formada por un solo progenitor y sus hijos. Si se originó en la separación conyugal algunos la denominan *familia disociada*, expresión que alude de algún modo a la relación con el padre ausente. A todas estas formas de familia se las denomina también *grupo familiar conviviente* o *familia de residencia*.

La *familia extensa* es el conjunto de parientes (abuelos, suegros, tíos, primos, etc.) que están relacionados más o menos estrechamente a la familia nuclear, aunque no convivan con los miembros de ellas. Se los llama también *familia de interacción*.

El *hogar* o *familia extendidos* es una familia de residencia formada por el núcleo familiar más otros miembros de la familia”.⁶

Y, de acuerdo con Chávez Asencio, la familia, desde el punto de vista sociológico, es una agrupación elemental compuesta de individuos conexionados a virtud de una realidad biológica de la que forman parte la unión sexual, el hecho de la procreación y la descendencia de un progenitor común. En cambio, la concepción

⁶ ABBATE, Francisco E., “Armonía conyugal, aportes médico-psicológicos”, editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 36 y 37.

jurídica de la familia nos la muestra a modo de conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a su vez de las relaciones matrimoniales o paternofiliales.

“Es común hacer una distinción entre dos especies de familia:

1°. La *familia en sentido amplio* comprende a todos los descendientes de un progenitor común que se hallen ligados por un vínculo de parentesco consanguíneo dentro siempre de los límites prefijados. Este grupo familiar abarca los parientes colaterales y los primos (o parientes) lejanos y viene a identificarse con la “*gran familia*” o, lo que es lo mismo, con la “*gens*” patriarcal del Derecho antiguo o el “*linaje*” del Derecho consuetudinario. En cierto modo se opera una duplicación de los componentes de la familia en aquellos supuestos en que a la misma se incorporan los afines (es decir, los cónyuges de los parientes consanguíneos). Esta concepción de la familia está proyectada hacia el pasado y se halla pendiente de su genealogía.

2°. La *familia en sentido estricto* se reduce a los cónyuges y sus descendientes (y eventualmente a los consortes de éstos) aun cuando dichos descendientes hayan fundado a su vez una familia, excluyéndose en todo caso los colaterales. Restringiendo más aún el concepto, la familia se limita a los cónyuges y a los hijos menores de edad que integran la familia particular o “*domus*”, por contraposición a la “*gens*”, y componen una comunidad matrimonial no tan extensa como el antiguo “*linaje*”. Se trata de una concepción de la familia elaborada en función del porvenir, con vistas a la procreación y educación de los hijos”.⁷

Naturaleza jurídica de la familia. “Desde la óptica de la sociología, la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la

⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “La familia en el Derecho (Relaciones jurídicas conyugales)”, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 7.

unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad”.⁸

“En la urdimbre de la sociedad, la familia constituye el *núcleo social primario*, la célula *natural* y fundamental.

La familia no es persona jurídica. Ningún precepto legal atribuye a la familia la categoría de entidad con aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones”.⁹

Carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. La función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar imponiendo deberes y derechos.

Como sea que se integre, la familia sigue siendo el núcleo básico de la sociedad, en la medida en que ella reproduce biológicamente a la especie humana, y en su espacio, se reproduce la identificación con el grupo social.

La familia es el ámbito primario en el que la población se agrupa y organiza. En ella las personas nacen y se desarrollan, comparten sus recursos y satisfacen sus necesidades esenciales y también exhiben solidaridades afectivas, así como problemas y conflictos.

Las principales funciones de la familia son las siguientes:

-Satisfacer las necesidades básicas del ser humano, tales como: alimentación, habitación, salud, protección, afecto y seguridad.

⁸ ROSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. “Manual de Derecho de familia”, 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 9.

⁹ BERNALDO DE QUIROS, Manuel Peña. “Derecho de Familia”, editorial Universidad de Madrid, Facultad de Derecho sección de publicaciones, Madrid, 1989, pp. 11 y 13.

-Transmitir a las nuevas generaciones: una lengua y formas de comunicación, conocimientos, costumbres, tradiciones, valores, sentimientos, normas de comportamiento y de relación con los demás, creencias y expectativas para el futuro. Éstos son elementos importantes que vinculan a una familia con la sociedad a la que pertenece.

-Educar para la vida, es decir, formar a los integrantes de la familia de modo que sean capaces de desarrollarse productivamente como personas, como estudiantes o trabajadores, y como miembros de una comunidad, a lo largo de toda su vida.

2.1.1. Clases de familia.

“Los hogares familiares o familias se distinguen en dos clases. Las nucleares, que se componen usualmente del jefe, su cónyuge y/o sus hijos. Las no nucleares, que pueden integrarse por un hogar nuclear al que se han agregado otros parientes (como nieto(a), yerno o nuera, hermano(a), sobrino(a), padre o madre, etc.) y/o no parientes; o por el jefe con otros parientes e incluso personas no emparentadas con él”.¹⁰

“Puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros:

- [familia nuclear](#), padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»;
- [familia extensa](#), además de la familia nuclear, incluye a los [abuelos](#), [tíos](#), [primos](#) y otros parientes, sean consanguíneos o afines;
- familia monoparental, en la que el hijo o hijos vive (n) sólo con uno de los padres;

¹⁰ <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2007/familia07.pdf>. Consultado el día 7 de febrero del año 2010, siendo las 04:44 pm.

- otros tipos de familias: aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en el mismo espacio por un tiempo considerable".¹¹
- Y, por último, la familia que forman los homosexuales.

2.2. Definición de Filiación.

El diccionario jurídico mexicano de la Universidad Nacional Autónoma de México dice que la palabra "filiación" proviene del latín *filatio-onis*, de *filius*, (hijo). La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.

Asimismo, este diccionario afirma que Planiol define a la filiación "la relación que existe entre dos personas de las cuáles una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos, encuentra su expresión en el Derecho, en función de ciertos valores culturales, de esencia ético social, pues a nadie puede escapar que la procreación y el instinto sexual, son el origen de la familia, base primaria de la organización, de la sociedad. En efecto, la ley natural de la conservación de la especie, a la que se encuentra sometido el género humano y en general el reino animal, comprende la fecundación, la concepción y el nacimiento, y ese fenómeno sirve de punto de partida, por lo que

¹¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>. Consultado el día 7 de febrero de 2010, siendo las 04:54 p.m.

el género humano concierne para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco, familia, y aún la idea misma de persona que, como tal, no puede ser estudiada ni conocida en materia aislada, tal como si un individuo no procediera de alguien y viviera eternamente aislado de los demás. De allí la íntima vinculación inseparable del hombre mismo del concepto jurídico de filiación.

El Derecho no podría, en manera alguna, desconocer que en la base y como fundamento de la filiación se encuentra el fenómeno biológico de la procreación.

2.3. Formas de constituir una familia.

2.3.1. Matrimonio.

Según Guillermo A. Borda, el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Más brevemente, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida.

“Sus caracteres esenciales son los siguientes:

- a) Implica una *unión* del hombre y la mujer, unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la Ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos, concede la decisión preponderante de uno de los esposos.
- b) Es una unión *permanente*: este carácter se manifiesta aun en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depara el destino, y aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y connatural sentido de permanencia.

- c) Es *monogámica*: aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no solamente no se concibe más que un solo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.
- d) Es *legal*: No basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato, o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la Ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de ésta. Es claro que la noción del matrimonio no se agota aquí, pues, por encima de lo legal, está su sustancia moral y religiosa. De ahí que las normas jurídicas, religiosas y morales se disputen el dominio en esta materia.

FINES. Los fines normales del matrimonio son la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos. Decimos *normales* porque no siempre se procuran todos ellos; así, por ejemplo, los matrimonios entre ancianos o *in extremis* no contemplan la procreación.

Según la doctrina canónica, los fines del matrimonio son tres: 1) El principal o primario es la procreación y la educación de los hijos. 2) El secundario es la ayuda mutua: “No es bueno que el hombre esté solo; hagámosle una compañera semejante a él”. (Génesis, II, 18). El último es el remedio a la concupiscencia: “Más vale casarse que ser devorado por las pasiones”.¹²

Concepto de Matrimonio. “El matrimonio, desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas. Desde

¹² BORDA, Guillermo A. Ob cit. pp. 45-47.

este punto de vista, puede distinguirse el matrimonio de todas las demás uniones entre un hombre y una mujer no institucionalizadas, como las concubinarias, en las que si bien existe el trato intersexual, y puede existir convivencia estable, fidelidad y apariencia matrimonial, lo cierto es que carecen precisamente de las condiciones establecidas por la Ley para ser consideradas como un matrimonio.

Caracteres del matrimonio. Desde el punto de vista jurídico y en atención a lo que resulta de nuestro Derecho Positivo, podemos señalar que el matrimonio tiene los siguientes caracteres:

- a) *UNIDAD.* Este carácter está implícito, cuando aludimos a la institucionalización de la unión intersexual monogámica. Esto quiere decir, que la existencia de un matrimonio subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial.
- b) *PERMANENCIA O ESTABILIDAD.* La unión matrimonial es permanente o estable en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada por la Ley. Desde este punto de vista, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico.
- c) *JURIDICIDAD.* El matrimonio es la unión de hombre y mujer legalmente sancionada, lo cual implica que se perfecciona por medio de la celebración del acto jurídico revestido de las solemnidades que la Ley impone a los contrayentes”.¹³

Cabe señalar que el matrimonio se puede dar de dos formas: religiosa y civil.

“El matrimonio es un “acto jurídico complejo”, y lo es porque no solamente participan de él los contrayentes, sino que se integra con las declaraciones del oficial público, sin las cuales el acto será nulo de nulidad absoluta. Pero, por la entidad de este “acto jurídico complejo” que insistimos, es tal por el plexo de declaraciones que encierra, y por la significativa protección que la Ley da a la más

¹³ ROSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Ob cit. pp. 73 y 74, 77 y 78.

importante institución de nuestro Derecho de familia, es que debemos considerarlo eso, una institución jurídica y social, basada en el consentimiento, que tiene por objeto la procreación y la formación de una familia sobre una base jurídica sólida”.¹⁴

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia avalaron el divorcio sin causales, llamado también "divorcio express", vigente en el Distrito Federal. Los ministros determinaron que este no atenta contra la sociedad ni la familia, sino todo lo contrario, ya que evita conflictos y enfrentamientos con todo lo que implica esto como lo es el odio, la violencia, el egoísmo y acciones maliciosas. Asimismo, los ministros le dieron la razón a un esposo que pidió el divorcio unilateralmente en contra de la voluntad de su mujer; ella impugnó la disolución del vínculo argumentando que se viola la Constitución porque ésta protege la organización y el desarrollo de la familia. Sin embargo, los ministros avalaron la constitucionalidad del Código Civil para el Distrito Federal que establece que uno de los cónyuges puede solicitar el divorcio sin mayor argumento que el de no querer continuar con el matrimonio, y dijeron que esto evita afectar el desarrollo psicosocial de la familia, además de que nadie, ni el Estado, puede empeñarse en mantener vigente un matrimonio en el que una de las partes considera que su situación es irreconciliable.

“MATRIMONIO ES UN *CONTRATO SOLEMNE, DE TRACTO SUCESIVO, QUE SE CELEBRA ENTRE UNA SOLA MUJER Y UN SOLO HOMBRE, QUE TIENE EL DOBLE OBJETO DE TRATAR DE SOBRELLEVAR LAS PARTES, EN COMÚN, LOS PLACERES Y CARGAS DE LA VIDA, Y TRATAR DE PERPETUAR LA ESPECIE HUMANA*”.¹⁵

¹⁴ GUGLIELMI, Enrique A. “Instituciones de Derecho Civil, parte general (obligaciones, contratos, derechos reales, derecho de familia, derecho sucesorio)”, editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, pp. 268-269.

¹⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob cit. p. 222.

*“Matrimonio es la forma legítima y natural de constituir una familia por medio del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo con el fin de establecer una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos y con la posibilidad de tener hijos”.*¹⁶

Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez mencionan que para entender el problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1. Como acto jurídico: el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.
2. Como estado matrimonial: el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

“Diversos autores distinguen en el matrimonio estas características:

- a) Es un acto solemne;
- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del Juez del registro civil.
- d) En el, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el Derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.

¹⁶ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. Ob cit. p. 89.

- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados”.¹⁷

El inciso f) ahora no se aplica, ya que en el caso del Distrito Federal, con la sola voluntad de uno de los contrayentes se puede disolver el matrimonio.

Actualmente no existe una definición tal cuál de lo que es el matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal, sólo habla de las actas de matrimonio y de los requisitos para contraerlo.

2.3.2. Concubinato.

“El diccionario de la lengua, refiriéndose al concubinato, o más precisamente a la concubina, dice: “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido”. Es decir, el concubinato se presenta como un rasgo que le es característico, la convivencia, la comunidad de vida entre un hombre y una mujer, de manera similar a lo que sucede en el matrimonio; lo cual nos permite diferenciarlo de uniones sexuales accidentales, sin estabilidad, que no determinan, entonces, las situaciones de trascendencia jurídica que se originan en el concubinato.

De conformidad con ello, podemos considerar que el concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.¹⁸

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Ob cit. pp. 39 y 41.

¹⁸ ROSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Ob cit. p. 423.

“Podríamos conceptualizar el concubinato como la unión sexual lícita, informal y estable entre un hombre y una mujer que no tienen impedimento para casarse, que dura al menos dos años a en que, habiendo la intención de cohabitar, existe un hijo en común”.¹⁹

“El concubinato presupone relaciones sexuales fuera del matrimonio de personas libres de matrimonio, pero cuyas relaciones tienen un cierto carácter de duración, de estabilidad: viven ante la sociedad como esposos”.²⁰

Así, Sánchez Jorge y Cordero Dávila, en el libro “Derecho Civil”, aclaran que para definir al concubinato en los diccionarios se hace referencia siempre a la concubina, de tal forma que se requiere entender primero el término concubina para después pasar al concubinato. Concubina (de latín *concubina*) “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido”. Concubinario, por lo tanto, según el mismo diccionario será “el que tiene concubinas” y, por último, concubinato (del latín *concubinatus*) “comunicación o trato de un hombre con su concubina”.

Es decir, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados, es decir, sin un papel que avale su unión; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad de lecho que sugiere una

¹⁹ DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. Ob cit. p. 81.

²⁰ SÁNCHEZ, Jorge A. y Cordero Dávila. “Derecho Civil”, UNAM, México, 1983, p. 116.

modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, y para mí eso es el concubinato.

Es evidente que lo concerniente a las relaciones sexuales fuera del matrimonio pueden producir algunos efectos jurídicos, aun cuando no sea posible tratarlos como una institución permanente en el Derecho. Debemos tomar en cuenta que el concubinato comprende la relación sexual fuera del matrimonio, que va desde las relaciones de poca duración, a las duraderas y estables, pero que tienen de común el considerarse como relaciones maritales. Esto excluye, desde luego, las relaciones pasajeras entre un hombre y una mujer, sin la intención de convivir maritalmente. Desde otro punto de vista se entiende como concubinato, no sólo la relación de un hombre y una mujer, sino también se usa este término para indicar a otras mujeres con las cuales un hombre tiene relación sexual permanente aparte de su cónyuge, a las que se les llama también concubinas, de lo cual tenemos ejemplos múltiples en la historia, donde se toca también el problema de la poligamia (amasiato).

Concepto jurídico del concubinato. “En la doctrina y en la legislación civil mexicana, se entiende por concubinato, *la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor, si han procreado.* Así, cuando una pareja no realiza la ceremonia matrimonial, pero viven juntos y procrean, desde el momento en que nace el primer hijo se convierten en concubinos y si, no obstante no haber procreado, han permanecido juntos por más de cinco años, se entiende que viven en concubinato”.²¹

²¹ GARCÍA SIMERMAN, Josefina. “Derecho Familiar (Antología)”, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1996, p. 165.

2.4. Deberes conyugales.

Por otra parte, Chávez Asencio en el libro “Matrimonio, compromiso jurídico de vida conyugal”, menciona que en la vida matrimonial se conjugan una gran variedad de obligaciones. Observando más de cerca se advierte que no todas las obligaciones tienen un contenido patrimonial-económico, es decir, no todas las obligaciones conyugales pueden ser valoradas en dinero. Por ejemplo, la fidelidad conyugal no tiene valor como una mercancía que se adquiere por su precio y calidad: es un deber invaluable que debe darse entre cónyuges, y por cuya razón no puede valorarse en dinero.

Lo anterior permite distinguir los distintos aspectos de las relaciones conyugales. Algunas son obligaciones de carácter económico que pueden valuarse (por ejemplo los alimentos, que se determinan mediante una pensión en dinero). Otras obligaciones no tienen valor posible, puesto que son relaciones personales que pueden denominarse deberes jurídicos conyugales, que son los más importantes en esta relación interpersonal y jurídica que se da en el matrimonio. De estos deberes fundamentales parten las obligaciones económicas, que son accesorias o necesarias para poder darse con plenitud los deberes conyugales. Como en toda relación jurídica, deben existir también los correspondientes derechos, surgiendo así el círculo de la relación jurídica conyugal, que comprende obligaciones, deberes y derechos interconyugales.

Los deberes conyugales no tienen contenido económico.

“Los deberes jurídicos reconocen como origen deberes morales, sociales y religiosos, que por considerarse de fundamental importancia para la convivencia social el Derecho las asume, los integra a la norma jurídica y pasan a ser deberes jurídicos.

En las relaciones de filiación existen datos morales, que funcionan como reguladores. La relación entre padres e hijos se sustenta en principios éticos que el Derecho toma.

La tercera característica sostiene que los deberes difícilmente pueden exigirse de manera forzada, a diferencia de las obligaciones, de las cuales puede obtenerse su cumplimiento –en caso necesario– por la vía de los tribunales. Los deberes difícilmente pueden exigirse; es casi imposible exigir en tribunales, por ejemplo, el cumplimiento del “deber” de fidelidad. Este debe cumplirse en la intimidad, por amor y en la complementariedad conyugal.

Por último, aparece un concepto distinto de acreedor. En todas las obligaciones figuran un acreedor y un deudor. Por ejemplo, en la compra-venta están el vendedor y el comprador; cada uno tiene obligaciones y derechos que oponer a la otra parte, como son el derecho a recibir el objeto pero la obligación de pagar su precio, y del otro el derecho a recibir el precio pero la obligación de entregar el objeto.

En los deberes no existe ese cruzamiento de derechos y obligaciones, porque el mismo deber lo tiene tanto el hombre como la mujer, y ambos pueden exigirlo. Es una relación lineal de igualdad en la que se da el mismo deber. El deber se exige en reciprocidad y complementariedad, y ambos están obligados, independientemente del cumplimiento individual del otro.

Como deberes jurídicos conyugales se enumeran los siguientes:

1. *Vida en común.*
2. *Débito carnal.*
3. *Fidelidad.*
4. *Mutuo auxilio y socorro mutuo.*
5. *Diálogo.*
6. *Respeto.*
7. *Autoridad*²².

²² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “Matrimonio, compromiso jurídico de vida conyugal”, Noriega editores y editorial Limusa, México, 1990, pp. 49-56.

2.5. Respeto de los bienes de los hijos en la patria potestad.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez afirman que es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, nuestro código Civil los clasifica en: bienes que el menor adquiere por su trabajo, y bienes que el menor adquiere por otro título.

En lo que concierne a los primeros, pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo, y en el caso de los segundos, la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al ascendiente.

En lo que toca a los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponde al menor y la otra a quien ejerce la patria potestad; es lo que se conoce como usufructo legal. En este caso, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes excepto dar fianza, a no ser que por cualquier causa pongan en peligro los bienes del menor. Considera la ley que el posterior matrimonio del ascendiente es una de ellas (consideramos que esta excepción es inútil, pues en todo caso el menor tiene derecho a que se constituya la hipoteca necesaria). También están privados de usufructo legal en el caso de que los bienes provengan de herencia o donación, y el testador o donador así lo disponga.

A la terminación de la patria potestad, los progenitores deben rendir cuentas de su administración.

Ahora, el maestro Ignacio Galindo Garfias, en el libro “Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia”, establece que la patria potestad produce

efectos no sólo sobre la persona del hijo; de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

En efecto, la patria potestad se ejerce sobre los hijos 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.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él. Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponde a este último.

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación o por don de la fortuna), la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen; en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad. Sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador legatario o donante puede excluir a las personas que ejercen la patria potestad, del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Sin embargo, dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes. Por ejemplo, de sumas de dinero de la administración.

En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca, según la natural destinación de la cosa de que forman parte.

2.6. Derechos y obligaciones respecto de los hijos en la patria potestad.

“No estamos en el campo de los meros derechos subjetivos, organizados sobre la base del interés individual del titular del Derecho, sino ante derechos-deberes, que se confieren –en el caso, a los titulares de la patria potestad- no sólo atendiendo a sus intereses, sino, principalmente, considerando el interés de otro sujeto (en el caso, el menor bajo patria potestad), por lo cual, los derechos que se confieren implican correlativos deberes. Así, si bien los padres tienen el derecho de educar y mantener a sus hijos, tienen a su vez esos mismos deberes; y si en el desarrollo de la vida, surgen incidencias respecto a decisiones de los padres, vinculadas a la educación de los hijos, o a la forma en que proveen a su mantenimiento, y toca al Juez dirimir el conflicto planteado, lo hará atendiendo al mejor interés del menor en cuanto a su educación y a su mantenimiento, y no a la mera conveniencia del padre”.²³

Ignacio Galindo Garfias, en el libro “Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia”, establece 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.

²³ ROSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Ob cit. p. 556.

CAPÍTULO 3

ESTUDIO LEGAL DE LOS ORDENAMIENTOS VINCULADOS A LA PATRIA POTESTAD

3.1. La patria potestad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Empezaré por referirme a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a los derechos de la infancia, en el entendido de que la patria potestad tiene, actualmente, la protección de los hijos menores no emancipados.

Dicho lo anterior, el artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafos segundo, séptimo y octavo disponen categóricamente que:

(...)

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

(...) Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respecto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Ciertamente, el artículo 4º. Constitucional no crea la patria potestad, pero sin duda la reconoce implícitamente, al sujetar a los ascendientes al cumplimiento del deber de preservar los derechos de aquellos a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

Así pues, los hijos menores cuentan, a nivel nacional, con un doble régimen por lo que se refiere a su protección y desarrollo integral: uno local, que se hace patente a través de la patria potestad, y otro constitucional que se manifiesta a través del deber que se impone a padres parientes con la finalidad de preservar el derecho que aquellos tienen a la satisfacción de sus necesidades. Con la constitucionalización de este deber, no sólo se ha consolidado y ampliado el régimen legal de la patria potestad a favor de los hijos menores, sino, lo que es más importante, se les ha garantizado un mínimo de derechos que no podrán restringirse, ni mucho menos desconocerse por ninguna autoridad, local o federal, sea ejecutiva, legislativa o judicial.

3.2. La patria potestad en los Tratados Internacionales.

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 por la Organización de Estados Americanos, establece como derecho de toda persona “constituir una familia, elemento natural de la sociedad y a recibir protección para ella”, establece la protección de la maternidad y de todo niño, con cuidados y ayuda especiales. Sobre el derecho al trabajo, considera como retribución justa la que “asegure un nivel de vida conveniente para la persona trabajadora y su familia”. Como deberes, entre otros establece “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de honrar a los padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mismo año, considera a la familia el “elemento natural y fundamental de la sociedad y establece su derecho ”a la protección de la sociedad y del Estado”.

Se establece el derecho a casarse y fundar una familia con el único requisito de el “libre y pleno consentimiento de los futuros esposos”, respecto al trabajo, la remuneración debe asegurar tanto al trabajador como a su familia “una existencia acorde a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Se hace referencia al nivel de vida que asegure” a cada persona y su familia” la satisfacción plena de las necesidades sociales básicas en materia de salud y bienestar, derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad y la infancia, igualdad de derecho a la protección de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio, derecho a la educación y de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

sancionado en 1966 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, reafirma los derechos reconocidos por los instrumentos previos y garantiza a la familia “como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente en su constitución y mientras sea responsable de los hijos a cargo”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer,

aprobada en 1979 por la Asamblea General de la Naciones Unidas enfatiza en la modificación de patrones culturales y en la educación familiar con el objetivo de eliminar prejuicios y prácticas discriminatorias, la responsabilidad de los Estados de tomar las medidas apropiadas y garantizar los mismos derechos a hombres y mujeres así como la protección especial a la mujer durante el embarazo, parto y período posterior.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de la Naciones Unidas establece en su preámbulo:

“...convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”

“...Reconociendo que el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.¹

3.3. La patria potestad en el Código Civil para el Distrito Federal.

TÍTULO OCTAVO. DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPÍTULO I. DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Comentario: Este artículo tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre en las relaciones paterno-filiales. La familia, como cédula básica de la sociedad, requiere que las relaciones entre sus miembros reposen sobre un principio de respeto y dignidad mutua. Cualquiera que sea la edad y condición de los hijos, deben honrar y respetar a sus ascendientes, por lo cual este deber no se acaba al alcanzar la mayoría de edad. Mientras el hijo es menor de edad, el deber impuesto por este precepto se complementa con el deber de obediencia hacia quienes ejercen la patria potestad.

¹ http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/marco_conceptual1.htm. Consultado el día 6 de marzo del año 2010, siendo las 10:00 p.m.

Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

Comentario: La patria potestad tiene por fundamento a la filiación; comprende un conjunto de potestades y de deberes de los ascendientes con relación a la persona y los bienes del menor de edad, para el mejor cuidado del mismo. De esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad.

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Comentario: La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Sin embargo, dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes. Por ejemplo, de sumas de dinero de la administración.

Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

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

Comentario: Puesto que la patria potestad es un derecho privado y de interés público, los primeros llamados a ejercerla son los padres de los menores de edad. El hombre y la mujer son iguales ante la ley y no debe haber discriminación alguna. Como consecuencia, éste artículo consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos. La ley no establece una división de poderes y facultades entre ambos padres: todos los deberes, las cargas y los poderes que establece la ley para el mejor ejercicio de la patria potestad, serán cumplidos conjuntamente por los cónyuges, ya sea con respecto a la persona o a los bienes de los hijos. Si los cónyuges no se pusieren de acuerdo, deberán acudir ante el Juez de lo familiar, quién resolverá teniendo en cuenta el interés primordial de los menores.

La fuente real de la patria potestad es el hecho biológico de la paternidad. A falta de padres que puedan ejercerla, la ley la otorga a los ascendientes más próximos, o sea a los abuelos, paternos o maternos, por su orden.

Artículo 415. Derogado.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Comentario: Como la fuente de la patria potestad es la filiación, también los padres que no estén unidos en matrimonio tienen el deber de ejercerla. Así, las decisiones fundamentales relativas a la educación y a la salud de los hijos, serán tomadas por ambos padres; los dos colaborarán en la alimentación y en todos los gastos que genere la crianza de los hijos, en proporción a sus posibilidades. En caso de discrepancia, el Juez de lo familiar resolverá lo más conveniente a los intereses del menor.

Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Comentario: Este artículo me parece conveniente, ya que no debe de existir peligro y es necesario que exista un árbitro para este tipo de casos, como lo es el Juez.

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

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

Comentario: Es importante mencionar que quien conserva la patria potestad tiene la obligación de ayudar al pariente que custodia al menor.

Artículo 419. La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Comentario: Los adoptantes deben ejercer funciones de padres. El adoptante debe de considerar al adoptado como hijo, ya que esto es necesario para el ejercicio de la patria potestad.

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

Comentario: La ley no establece una división de los derechos y potestades inherentes a la patria potestad entre los progenitores, ni entre los abuelos; la patria potestad implica una unidad de acción dirigida al mejor cuidado de la persona y de los bienes del menor. De manera que, a falta de uno de los padres, el otro pasará a ejercerla íntegramente; si los abuelos están en el ejercicio de la patria potestad, a falta de uno de ellos, su cónyuge la ejercerá por sí.

Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Comentario: El domicilio legal del menor no emancipado es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Para el mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la ley le impone a éste el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido. La unidad de la familia para el mejor cumplimiento de sus fines como célula básica de la sociedad, el deber de educación y custodia que tienen los padres con respecto a sus hijos, así como el deber de observar una conducta que les sirva de ejemplo, parten de la base de la vida en común en el domicilio familiar. El decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar de sus ascendientes, sólo será procedente cuando se hallen en peligro valores fundamentales como la salud o la moralidad del menor de edad.

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Comentario: Siendo la patria potestad una misión de interés público y de alto contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquélla.

La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil a sí mismo y a la colectividad en que vaya a desenvolver sus actividades privadas y públicas.

Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código.

Comentario: La facultad de corregir al hijo está relacionada con el deber de educación establecido en el artículo anterior, con la autoridad paterna y con la situación de subordinación de los menores con respecto a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad. Es importante mencionar que antes se establecía la facultad de “castigar”, cosa que se ha atenuado con la actual redacción, siguiendo la evolución histórica de la institución de la patria potestad en el derecho comparado.

Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

Comentario: Como la patria potestad está dirigida al cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad no emancipado, la representación legal de éste será ejercida por los titulares de aquélla. Los menores de edad son incapaces para determinarse por sí mismos y administrar sus bienes. La institución de la representación legal obra en beneficio de los menores para su mejor protección, y a la vez de los terceros que otorguen contratos relacionados con el patrimonio del menor.

Aunque este precepto expresa que el que está sujeto a patria potestad no puede “comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento...”, lo cierto es que el menor de edad no emancipado no podría contraer obligaciones ni comparecer por sí mismo en juicio, aun cuando mediara consentimiento expreso de quien ejerce la patria potestad, el menor de edad sólo puede hacer valer esos derechos mediante la actuación de su representante legal, es decir, del que está en ejercicio de la patria potestad.

Los actos celebrados por el representante legal del menor recaerán en el patrimonio de éste último.

CAPÍTULO II. DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Comentario: La patria potestad se ejerce sobre los hijos 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.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos.

Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Comentario: Los bienes que obtenga el menor, mientras se encuentra sujeto a la patria potestad, se dividen en bienes que adquieran por su trabajo y bienes que adquieran por cualquier otro título. Los bienes de la segunda clase son administrados por las personas que ejerzan la patria potestad. Cuando la misma es ejercida por ambos padres, los abuelos o los adoptantes, uno de ellos será administrador, pero el designado consultará a su consorte y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

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

Comentario: Se requiere del consentimiento expreso del otro consorte cuando la patria potestad es ejercida por ambos, para terminar un juicio por transacción y en los casos en que la ley lo señale, se necesita además autorización judicial.

Artículo 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiera por cualquiera otro título.

Comentario: La distinción que se hace en este precepto de los bienes que pertenecen al menor es para efectos de la administración y del usufructo legal.

Artículo 429. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Comentario: Los bienes que adquiera el menor por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y respecto del usufructo. Necesita durante su menor edad de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales.

Se considera que si el menor tiene capacidad para adquirir bienes por su trabajo, la tiene también para administrar dichos bienes y disponer de ellos libremente.

Artículo 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Comentario: Los bienes que adquiera el menor por cualquier título que no sea su trabajo (herencia, legado, donación o fortuna) pertenecen al menor, pero la administración de los mismos corresponde a los que ejercen la patria potestad.

Según Galindo Garfias, Los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman parte del patrimonio y la percepción de frutos que éste produzca.

Del usufructo de los bienes del menor, la mitad pertenece al hijo y la otra mitad a las personas que ejercen la patria potestad. El hombre y la mujer que ejerzan conjuntamente la patria potestad se dividen entre sí por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

Artículo 431. Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

Comentario: Los padres pueden renunciar al derecho sobre el usufructo porque se trata de un derecho privado que no afecta directamente el interés público ni perjudica a terceros.

Se entiende que la renuncia es irrevocable si así se ha hecho constar expresamente por los padres.

Artículo 432. La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación.

Comentario: El derecho al usufructo es un derecho inherente al ejercicio de la patria potestad y tiene un carácter compensatorio, y es por esto que su renuncia es considerada como una donación, ya que ingresa en el patrimonio del hijo con un valor económico que de otra manera no pertenecería a él.

Artículo 433. Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

Comentario: Si los que ejercen la patria potestad no han estado en posesión de los bienes y no han realizado respecto de ellos actos de administración que justifiquen el derecho al usufructo, no tendrán derecho alguno sobre él. Esta disposición confirma el carácter compensatorio por el desempeño de aquel cargo familiar.

Artículo 434. El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

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

II. Cuando contraigan ulteriores nupcias;

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

Comentario: Los que se beneficien del usufructo de los bienes del menor sujeto a la patria potestad, tienen las mismas obligaciones que cualquier usufructuario. Se les exceptúa, sin embargo, del deber de otorgar fianza, pues el legislador concede crédito a los que ejercen la patria potestad por la justificada suposición de que a estas personas las mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el propio y, sólo en los casos en que se pueda considerar un peligro para el menor, se exige garantía.

Artículo 435. Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Comentario: La administración del menor de edad, de los bienes que le pertenecen por disposición de la ley o por voluntad de quien o quienes ejercen sobre él la patria potestad, tiene sin embargo las restricciones a que se refiere este precepto. No puede por sí solo gravarlos o hipotecarlos, porque se trata de actos de administración extraordinarios, ni puede enajenarlos porque este acto excede de los actos de administración.

Artículo 436. 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.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que

se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

Comentario: Las facultades de administración que se conceden a los que ejercen la patria potestad tienen como propósito la conservación de los bienes del menor y los actos de disposición son contrarios a este principio. Pero puede ocurrir que en algún caso y en protección de los intereses del menor, sea necesario que quienes ejercen la patria potestad tengan que disponer de ciertos bienes del hijo, previa autorización del Juez de lo familiar cuando se justifique la necesidad o el beneficio que a aquél reporte la disposición de sus bienes.

Respecto a las limitaciones establecidas en este artículo, la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si ya tiene catorce años, con intervención del Ministerio Público en todo caso, para recurrir al Juez competente a fin de impedir que por mala administración de los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Artículo 437. Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Comentario: Quienes en ejercicio de la patria potestad dispongan de los bienes inmuebles de los menores, además del requisito a que se refiere el artículo anterior, deben probar ante el Juez de lo familiar que efectivamente se destinó el dinero que se obtuvo de la venta para realizar el objeto que se manifestó

necesario alcanzar con tal venta y que el saldo se depositó en una institución de crédito a disposición del juzgado.

Esta limitación confirma que en el ejercicio de la patria potestad está en juego el interés particular del hijo y el interés público, que se manifiesta en la vigilancia estricta del Poder Judicial sobre los actos de administración de sus bienes.

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

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

Comentario: El derecho de quienes ejercen la patria potestad, a la mitad del usufructo de los bienes del hijo es un efecto de la patria potestad, y al extinguirse ésta, desaparece el usufructo. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes y el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Si se pierde la patria potestad por decisión judicial, el derecho al usufructo sólo se extingue para el sentenciado, pero subsiste para los que continúan ejerciendo la patria potestad.

La facultad de renunciar al usufructo está reconocida en el artículo 432, pero la extinción sólo se producirá respecto del que renuncia a tal derecho, cuando son dos las personas que ejercen la patria potestad y no respecto del otro ascendiente que no ha renunciado a recibir la parte proporcional que le corresponde del usufructo de los bienes del hijo.

Artículo 439. Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Comentario: Como todo administrador de bienes ajenos, los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de rendir cuentas de su administración. La ley no señala plazo para cumplir esta obligación, por ello debe entenderse que se pedirá a petición de parte interesada y siempre al terminar el ejercicio de la patria potestad.

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

Comentario: Cuando exista un interés opuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a la misma, se les nombrará un tutor dativo en lo que se refiere a los actos en que exista la oposición de intereses con quienes ejerzan la patria potestad.

Si son dos personas las que ejercen la patria potestad y sólo hay conflicto de intereses respecto a uno de ellos, el otro representará al menor. No será necesario el nombramiento de tutor.

Artículo 441. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

Comentario: Entre las medidas que el Juez de lo familiar puede tomar, están las de exigir que el administrador rinda cuentas de su gestión o que se decrete la pérdida del usufructo cuando la administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Comentario: Cuando los hijos menores de edad se emancipen o lleguen a los dieciocho años, las personas que ejerzan la patria potestad les entregarán todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

Las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración, y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen al descendiente cuando no se ha extremado la atención que un diligente padre de familia debe poner en el cuidado y conservación de los bienes de sus hijos.

CAPÍTULO III. DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE

LA PATRIA POTESTAD.

Artículo 443. La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación, derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo.

Comentario: La patria potestad se extingue al llegar el hijo a la mayoría de edad o por la emancipación de éste, derivada del matrimonio. Aunque el matrimonio del menor se disuelva, el emancipado no recae en la patria potestad. Se acaba también con la muerte del que la ejerce, siempre que no haya en quien recaiga (el padre, si falta la madre, o la madre si falta aquél, etc.) Cuando no existan ni padres ni abuelos, en este caso se nombrará un tutor.

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

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

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

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

V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y

VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

Comentario: 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 solamente cuando haya quedado probada 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 sanción trascendental que repercute en los hijos menores.

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

Comentario: Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

Artículo 445. La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad.

Comentario: La abuela o madre que contraiga matrimonio de nuevo, no perderá la patria potestad del menor.

Artículo 446. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Comentario: La patria potestad es consecuencia de la filiación, y consiste en un conjunto de deberes y derechos que se cumplen y se ejercen sobre los hijos en su persona y en sus bienes, y en su caso sobre los nietos menores. Entre el nuevo marido de la madre o esposa del padre y los menores hijos de uno o de la otra, nace el parentesco por afinidad, pero no existe vínculo de filiación que justifique el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

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

Comentario: El ejercicio de la patria potestad puede suspenderse temporalmente por el tiempo que subsista alguna de las causas mencionadas en las fracciones I y II del precepto y por el término que se fije en la sentencia que conforme a la fracción III imponga esa suspensión.

Las causas que originaron la suspensión pueden desaparecer, el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio, el ausente regresa, y las causas de suspensión judicial desaparecen. En estos casos se recupera la patria potestad, pero se requerirá de la intervención judicial para que se declare que se ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad sólo se suspende para el que se encuentre en los casos señalados en este artículo, si es ejercida por ambos ascendientes, continuará el otro en ejercicio de la misma.

Artículo 448. La 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.

Comentario: Ahora bien, la edad avanzada del progenitor no está incluida como causal de pérdida de la patria potestad, entre las que señala el artículo 444 del Código Civil, y de acuerdo con el artículo 448 del mismo ordenamiento, aquellos a quienes corresponda ejercerla, tienen solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, por lo que en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de pérdida de la patria potestad.

La excusa para ejercer la patria potestad es un derecho de las personas que se encuentren en la situación prevista por este precepto, no una causa de pérdida de la misma.

3.4. Jurisprudencia relativa al tema de investigación.

“Registro No. 239688

Localización:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

217-228 Cuarta Parte

Página: 238

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. LA EDAD AVANZADA NO ES CAUSA DE.

La edad avanzada del progenitor no está incluida como causal de pérdida de la **patria potestad**, entre las que señala el artículo 444 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (hoy Distrito Federal); y de acuerdo con el artículo **448** del mismo ordenamiento, aquellos a quienes corresponda ejercerla, tienen solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, por lo que, en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de pérdida de la **patria potestad**.

Amparo directo 3626/86. Francisco Leyva Navarrete y otra. 11 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Jorge Trujillo Muñoz.

Séptima Época, Cuarta Parte:

Volumen 85, página 41. Amparo directo 418/74. María Montiel Martínez de Jiménez. 22 de enero de 1976. Cinco votos. Ponente: Salvador Mondragón

Guerra. Secretario: Sergio Javier Coss Ramos.

Notas:

En el Volumen 85, página 41 e Informe de 1976, la tesis aparece bajo el rubro "**PATRIA POTESTAD. LA EDAD AVANZADA NO ES CAUSA DE PERDIDA DE LA**".

En el Informe de 1987, la tesis aparece bajo el rubro "**PATRIA POTESTAD, LA EDAD AVANZADA NO ES CAUSA DE SU PERDIDA**".

Genealogía:

Informe 1976, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 62, página 63.
Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 338, página 241".²

2

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=239688&cPalPrm=448,PATRIAPOTESTAD,&cFrPrm=>. Consultado el 6 de marzo del año 2010, siendo las 10:00 p.m.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA

La propuesta de tesis, siendo la excusa que menciona la fracción I del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, trata el tema de la patria potestad y va encaminada a que es insuficiente la edad de 60 años para excusarse de ejercer la patria potestad, ya que desde mi punto de vista, una persona que se encuentra bien de sus facultades mentales puede hacerse cargo de un menor.

Para hablar de la patria potestad, debemos de hablar principalmente de la familia, ya que es considerada la cédula base de la sociedad.

La familia encuentra su origen en el matrimonio, consta de esposo, esposa, reproducción de una sociedad, esto es, la incorporación de nuevos miembros en el tejido de relaciones sociales, no se realiza únicamente por medios biológicos.

En estos casos, la función reproductiva se traslada a los mecanismos de reclutamiento socialmente aceptables (como la adopción).

Por otra parte, la mera consanguinidad no garantiza el establecimiento automático de los lazos solidarios con los que se suelen caracterizar las familias. Si los lazos familiares fueran equivalentes a los lazos consanguíneos, un niño adoptado nunca podría establecer una relación cordial con sus padres adoptivos, puesto que sus "instintos familiares" le llevarían a rechazarlos y a buscar la protección de los padres biológicos. Los lazos familiares, por lo tanto, son resultado de un proceso de interacción entre una persona y su familia (lo que quiera que cada sociedad haya definido por familia: familia nuclear o extensa; familia monoparental o adoptiva, etc.). En este proceso se diluye un fenómeno puramente biológico: es también y, sobre todo, una construcción cultural, en la medida en que cada sociedad define de acuerdo con sus necesidades y su visión del mundo lo que constituye una familia.

La institución de la patria potestad se origina en el Derecho Romano. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del *pater familias* sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos. Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban a la persona y los bienes de los hijos, a tal grado que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El *pater* era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho. Por el sistema de los peculios (masa o conjunto de bienes), el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse, en nuestros días, en una institución protectora del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos por los abuelos. Tiene carácter transitorio, pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita su capacidad de ejercicio.

Las sociedades modernas permiten que las madres sean cada vez mayores y traigan a este mundo bebés cuando su edad supera los 50 años. Primero no se tienen hijos cuando las madres son jóvenes porque prefieren vivir su vida, y cuando tienen la vida resuelta, ya oscilando los cincuenta años, ya casi en la menopausia, ¿qué pasa? necesitan una razón para vivir, y la solución es tener un hijo. Habría que pensar en ellas y también en su bebé, así como en la calidad de vida que le van a dar al mismo.

Por otra parte, la esencia de la patria potestad lleva a apreciar constantemente que la responsabilidad que recae sobre el padre en relación a su hijo pertenece a la normatividad de carácter permanente y necesario que regula al hombre por su propia dimensión de criatura racional. Siendo ello así, al traducirla, el Derecho Positivo no puede alterarla ni mucho menos suprimirla en este aspecto.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Enraizada por un lado en la biología, la familia constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes, al ser el canal primario para la trasmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de conducta que se consideran adecuadas, buenas y morales; a medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por medio de este instrumento paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Así, desde pequeño, se le enseñan las creencias religiosas y se le infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta. Se socializa de este modo el nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentre preparado, para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.

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. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos 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.

Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la Ley o el Juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos; cuando falta uno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden.

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Hablando de la emancipación, podemos decir que constituye el final anticipado de la patria potestad, ya que el menor la obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación, el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de dos limitantes: a) necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio, y b) requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En caso de disolución del matrimonio, el menor no recae nuevamente en la patria potestad, pero requiere de autorización para volver a casarse, pues se ha considerado que en su matrimonio existe un interés familiar.

En este país la mayoría de edad se obtiene al cumplirse los 18 años y al llegar a ella, el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos, uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

Cuando los padres se divorcian o viven separados, en principio ambos siguen ejerciendo la patria potestad, salvo que el Juez determine lo contrario, aunque solo a uno se le otorgue la custodia del menor.

CONCLUSIONES

1. En cuanto al tema de investigación, desde mi punto de vista no me parece adecuado que una persona se excuse de tener una responsabilidad que él o ella misma crearon por el simple hecho de tener 60 años cumplidos, pienso que todavía a esa edad pueden hacerse cargo de su hijo hasta que éste cumpla la mayoría de edad.

2. Por otra parte, si comparamos la actual institución de la patria potestad con la institución romana, encontramos las siguientes diferencias:

Patria potestad romana

1. Estaba constituida en beneficio del grupo familiar representado por el *pater familias*.
2. Era facultad del *pater familias*, o sea del varón de mayor edad, y nunca de la mujer.
3. Era perpetua mientras viviera el *pater familias*, independientemente de la edad del hijo.
4. Los bienes que obtenía el *alieni juris* correspondían al *pater familias*; él carecía de bienes propios.
5. La patria potestad era renunciable; el *pater* podía renunciar a ella.
6. La ejercía el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato.

Patria potestad moderna

1. Se establece en beneficio del menor.
2. Es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados. Si viven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del Juez.

3. Se limita a la menor edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor.

4. Los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo, como los adquiridos por dones de la fortuna (herencias, donaciones, loterías), les pertenecen en propiedad. Se diferencian sólo en cuanto a la administración de los mismos, de los primeros, ya que la propiedad, sus frutos y la administración, corresponden de forma exclusiva al hijo, y de los segundos la propiedad es del hijo, pero la administración corresponde al padre.

5. La patria potestad es irrenunciable.

6. La ejercen los padres y sólo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

3. Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

a) Por lo que se refiere a las relaciones personales: el menor debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente (aunque no siempre ocurre).

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

b) El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según las posibilidades del obligado.

Asimismo, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin su autorización.

c) También el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo. Este derecho ha evolucionado ampliamente, desde la facultad ya mencionada de vida y muerte del menor, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas, sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del Derecho Civil los malos tratos son causa de la pérdida de la patria potestad.

4. Ahora bien, si una persona de 67 años de edad puede dar a luz a su hija (tras recibir un tratamiento hormonal) y pudo hacerse cargo de ella, ¿entonces porqué una persona que tenga 60 años o más puede excusarse para no hacerse cargo de ella?

5. Así, hemos llegado a la conclusión de que una persona (siendo hombre o mujer) a los 65 años todavía puede hacerse cargo de su hijo, así es que considero que mi propuesta de tesis es merecedora de tomarse en consideración, ya que el Derecho Positivo debería de modificar la fracción I del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBATE, Francisco E., "Armonía conyugal, aportes médico-psicológicos", editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.
2. ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María. "Panorama Internacional de Derecho de Familia, Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados", Tomo II, UNAM, México, 2006.
3. ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J.A. "Derecho Romano II, Obligaciones, Familia, Sucesiones", 18ª edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.
4. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. "Derecho de familia y sucesiones", Editorial Harla, S.A. de C.V., México, D.F, 1990.
5. BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil, (Familia I)", 9ª edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1993.
6. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. "Compendio de Derecho Romano", 4ª edición, editorial Pax-México, 1976.
7. CASTELLÁN, Yvonne. "La familia", editorial Fondo de cultura económica, México, 1995.
8. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., "La familia en el Derecho (relaciones jurídicas conyugales)", 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
9. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. "La familia en el Derecho (relaciones jurídicas paterno filiales)", 3ª edición, editorial Porrúa, México, 1997.
10. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., "Matrimonio, compromiso jurídico de vida conyugal", Noriega editores y editorial Limusa, México, 1990.
11. CHÁVEZ HAYHONE, Salvador. "Historia Sociológica de México", Tomo I, editorial Salvador Chávez Hayhone, México, 1994.
12. DE IBARROLA, Antonio."Derecho de Familia", 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1993.
13. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. "Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal", 2a edición, editorial Porrúa, México, 2005.

14. D. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. "Derecho Romano", 9ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
15. EUGENE PETIT. "Tratado Elemental de Derecho Romano", editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, s.a.
16. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia", 9ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
17. GARCÍA SIMERMAN, Josefina. "Derecho Familiar (Antología)", Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1996.
18. GUGLIELMI, Enrique A. "Instituciones de Derecho Civil, parte general (obligaciones, contratos, derechos reales, derecho de familia, derecho sucesorio)", editorial Universidad, Buenos Aires, 1980.
19. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Derecho Familiar", Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, s.a.
20. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho Civil para la familia", editorial Porrúa, México, 2004.
21. <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>.
22. http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/marco_conceptual1.htm.
23. <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2007/familia07.pdf>.
24. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=239688&cPalPrm=448,PATRIAPOTESTAD,&cFrPrm=>.
25. LEMUS GARCÍA, Raúl. "Derecho Romano (Compendio)", 4ª edición, editorial Limsa, México, 1979.
26. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. "Derecho de Familia". 3ª Edición, Editorial Universidad de Madrid Facultad de Derecho, Madrid, 1989.
27. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. "Derecho de Familia", editorial Universidad de Madrid, Facultad de Derecho sección de publicaciones, Madrid, 1989.

28. ROSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. "Manual de Derecho de familia", 5ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
29. SÁNCHEZ, Jorge A. y Cordero Dávila. "Derecho Civil", UNAM, México, 1983.
30. SANZ MARTÍN, Laura. "Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares", Revista de la Facultad de Derecho.
31. SUÁREZ, Franco. Derecho de Familia. Tomo II, 3º edición, editorial Temis, Colombia 1999.
32. TAPIA RAMÍREZ, Javier. "Introducción al Derecho Civil", editorial Mc. Graw Hill, México, s.a.
33. WILL DURANT. "La Vida de Grecia", editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1960.