



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE
LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EQUIPARADAS”**

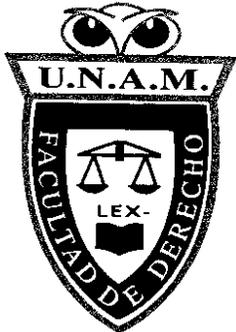
T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

MARTHA CECILIA ILLANES TORRES

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD Y
PATERNIDAD EQUIPARADAS**

INTRODUCCIÓN.

**CAPÍTULO PRIMERO
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD**

1. En el extranjero.	1
a) Roma.	2
b) Francia.	8
2. En México.	14
a) Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884.	16
b) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	21
c) El Código Civil de 1928, hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000.	27

**CAPÍTULO SEGUNDO
MARCO JURÍDICO VIGENTE DE LA PATRIA POTESTAD**

1. Código Civil para el Distrito Federal.	37
2. Sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad.	47
a) Los ascendientes.	51
b) Orden de llamamiento legal para su ejercicio.	54
c) Adoptantes.	56
d) Nueva pareja.	62
3. Descendientes.	64
4. Terminación, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.	66

CAPÍTULO TERCERO
PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD
EQUIPARADAS

1. Maternidad y paternidad equiparadas en el siglo XXI.	74
2. Situación jurídica actual de los menores ante estas hipótesis.....	83
3. Cómo se protege el interés superior del menor en la maternidad y paternidad equiparadas.....	96
4. Posicionamiento del Derecho Familiar ante esta problemática.	103
5. Solución que se plantea en el extranjero ante esta problemática.	110

CAPÍTULO CUARTO
DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD Y
PATERNIDAD EQUIPARADAS

1. Supuestos que se presentan en las parejas de hecho y de derecho que enfrentan estas situaciones.....	118
2. Qué solución dan las parejas en las uniones de hecho y de derecho, ante este problema.....	121
3. Criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.....	126
4. Derechos y obligaciones para los padres equiparados y los menores.....	132
5. Solución de la sustentante a la problemática planteada.	135
CONCLUSIONES.	142
BIBLIOGRAFÍA.	147

INTRODUCCIÓN

Los temas inherentes a la familia, siempre son interesantes por ello, la presente investigación tendrá como propósito, regular lo relacionado a la maternidad y paternidad equiparadas, en el Código Civil para el Distrito Federal, con el objetivo de establecer los derechos y obligaciones de las partes, a fin de proteger a los menores de posibles abusos por los padres equiparados, los cuales, sustituyen en muchos aspectos la figura de padre o madre biológicos, cuando estos hacen caso omiso de las obligaciones inherentes a la patria potestad.

La problemática actual de la maternidad y paternidad equiparadas es frecuente y no siempre, los menores son privilegiados, por ello propongo regular, la maternidad y paternidad equiparadas, en el Código Civil para el Distrito Federal, en atención a los problemas derivados del matrimonio o del concubinato, cuando la pareja lleva a su nuevo hogar, sus hijos respectivos y posteriormente, procrean los propios, lo que genera la frase: “tus hijos, mis hijos y los nuestros”, y a la vez, un sinnúmero de problemas que desafortunadamente el derecho civil y el código de la materia no previeron. En estos términos, trataremos de establecer la solución a la problemática señalada, razón por la cual, dividimos el trabajo en cuatro capítulos.

La evolución histórica de la patria potestad, la precisamos en el capítulo primero del presente trabajo, puntualizando los antecedentes en el extranjero en países como Roma y Francia, por ser estas naciones al igual que su derecho,

inspiradoras de nuestro derecho positivo mexicano. También, señalamos los orígenes de la evolución legislativa de esta institución en nuestro derecho, desde los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, concluyendo con el Código Civil de 1928 hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000.

El capítulo segundo, desentraña lo relacionado al marco jurídico vigente que regula en el Distrito Federal a la patria potestad desde los sujetos que intervienen en el ejercicio de ésta, hasta la terminación, pérdida, suspensión y limitación de la misma.

La problemática derivada de la maternidad y paternidad equiparadas, se plantea en el capítulo tercero desde, cómo se vislumbran éstas en el siglo XXI, la situación jurídica de los menores ante estas hipótesis, cómo se protege el interés superior del menor, el posicionamiento del derecho familiar ante esto y la solución que se plantea en el extranjero para este problema.

Finalmente, en el capítulo cuarto, sugerimos qué derechos y obligaciones pueden derivarse de la maternidad y paternidad equiparadas, cuándo procedería la solicitud de convivencia de éstos con los menores pero sobre todo, planteo la solución jurídica procedente la cual, debe constar en el Código Civil para el Distrito Federal.

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

Por haberme permitido llegar hasta este punto y este momento tan especial en mi vida, darme salud para lograr mis objetivos, por los momentos difíciles que me han enseñado a valorarte más cada día, además de tu infinita bondad y amor.

A mi mamá Martha.

Por haberme apoyado en todo momento, en lo personal y con mi hijo, por soportarme, por siempre creer en mi, por tus consejos, tus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por tu amor. ¡Te quiero mucho!

A mi hijo Tadeo.

Gracias por estar siempre a mi lado, por tu cariño y comprensión a pesar de estar tan pequeño, siempre eres mi motivación para ser cada día una persona mejor. Sabes que ¡te amo!

A mi hermano Javier.

Por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y por ayudarme a cuidar a mi pequeño y enseñarle tanto.

*A la **Universidad Nacional Autónoma de México** y en especial a la **Facultad de Derecho** por permitirme ser parte de una generación de triunfadores y gente productiva para este país.*

A mi Asesora de Tesis.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, por creer en mi proyecto, por apoyarme, gracias por todo.

A mis maestros.

Gracias por todos los conocimientos vertidos, por su tiempo, empeño y paciencia.

A mis amigos.

Por haber estado a mi lado en las buenas y malas de este camino, por impulsarme y ayudarme, a ti Nancy Martínez por tu apoyo incondicional y tus regaños, Rafael Vergara por siempre estar presente.

A mis jefes.

Gracias por la paciencia y apoyo, por creer en mi Lic. Javier Reynoso, MAFIN. Eduardo Macedo Cortés por haber impulsado en mí el deseo de superación, por tu honestidad y vigor cuando se requiere.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD

Es de explorado derecho, que el ejercicio de la patria potestad, ha cambiado a través de los tiempos y épocas, que ha vivido el hombre en la tierra; es decir, la patria potestad tiene íntima conexión con situaciones trascendentes de la vida diaria, observadas desde siempre y que precisamente, su complejidad, justifica no sólo la existencia y supervivencia de la institución, sino además su constante revisión en la actividad legislativa para procurar una mejora permanente en la atención de los problemas de los niños y de los jóvenes en su adaptación a la vida del núcleo social habido en su entorno.

1. En el extranjero.

Como sabemos, la institución de la patria potestad se originó en el derecho romano. Su nombre, evoca el origen y carácter, que sin duda ha variado con el tiempo y del cual subsiste sólo el nombre.

Esta figura jurídica era en realidad un poder o una potestad sobre los hijos y sus descendientes, sólo lo ejercía el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica del cual se originó su nombre, ya que era un poder real y efectivo del “paterfamilias”, (no del padre y menos de la madre) sobre todos sus descendientes prolongándose durante toda la vida de los sujetos.

Para saber de los antecedentes y actualidad de esta institución, nos remontamos a Roma, Francia y por supuesto, México. Aquí, a partir de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, 1884, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, así como, el Código Civil de 1928 hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000.

a) Roma.

En este país, existió un principio que decía, “están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias.”¹ De acuerdo a esto, el matrimonio era como sagrado a tal grado, que los hijos que no eran procreados bajo esta institución, se tenían como sacrílegos o no se les reconocía tal carácter.

Aquí, el padre o abuelo, tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo, aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias*, se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

“El *paterfamilias*, era la única persona verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del *paterfamilias*, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.

¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2008. p. 513.

También, era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filiusfamilias*, pero podía recurrir al abandono noxal, entregando al culpable para que expiara su culpa, mediante trabajo.”²

La patria potestad, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.

Se puede decir, que el principio citado al inicio de este punto, es el que infunde todo el sustento del sistema romano en el que campea básicamente la idea del poder. Este se manifiesta abiertamente en el seno de la familia, mediante la autoridad suprema de “pater”. Igualmente, el derecho de propiedad, está concebido dentro de la misma idea: poder de usar, gozar, disfrutar y hasta abusar.

Podemos decir, que la unión política de las razas en Roma, asemejaba una pirámide. La obligación de las pirámides en Roma, era protegerse mutuamente, siendo éste, uno de los principios básicos de la familia.

“La idea de la autoridad suprema, reina en todo el derecho privado antiguo. El jefe de familia goza de un poder casi ilimitado sobre los familiares, y lo mismo

² FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Ed. Esfinge, México, 1990. p. 201.

ocurre con el acreedor respecto al deudor y el propietario respecto de la propiedad. Durante siglos, el poder paterno fue idéntico al poder dominical. Los hijos no podían tener nada de su propiedad, el padre podía venderlos, casarlos a su gusto, disolver su matrimonio. La única diferencia es que el esclavo podía ser vendido una sola vez, mientras que el hijo tres veces.”³

Como puede apreciarse, en esta etapa de Roma, la intervención de la ley en el santuario del hogar era escasa. La vida íntima de la familia, debía desenvolverse libremente por sí misma, sin someterse a las reglas muertas del derecho. La casa es la creación del jefe de la familia: él es quien la rige. Este poder de hecho, la ley romana se lo atribuye de derecho, pero no para ejercerlo con capricho y arbitrariedad, sino para que pueda guiar a la familia, según sus propias aspiraciones, su recta conciencia y la voz interior del amor filial. “Reconocer la potestas del padre es hacer de la casa romana el santuario inviolable del amor. Ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos. Los disentimientos interiores, no pueden debatirse fuera de la casa. El padre es el juez de la morada romana (*domesticus magistratus*), y si no restablece la concordia, debe acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad, manteniendo desde el principio, la autoridad moral necesaria.”⁴

La autoridad referida en la cita, no era sólo un derecho, sino un deber, una función en interés propio de sus subordinados y del Estado. Implica además de la

³ MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. Derecho Romano. 4ª edición, Ed. Oxford, México, 2008. p. 62.

⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 515.

tutela sobre los familiares, su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio.

En la Instituta de Justiniano, se consignaba la siguiente disposición: “El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos, es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto y biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.”⁵

En todo el texto que venimos especificando, debe advertirse que la palabra *potestas* no se identifica con el poder que la naturaleza, ni el sentimiento general de los hombres o la facultad que las leyes de la mayor parte de los pueblos, otorgan al padre para la educación del hijo, y en bien de toda la familia.

“La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quirritario, era de Derecho Civil. Así no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal

⁵ Libro I. Título IX. Números 2 y 3 edición, Bilingüe con su nota previa sobre Justiniano y las Instituciones por M. Ortolán. Ed. Omeba. Traducción de Francisco Pérez Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires, República de Argentina, 1990. p.p. 42 y 43.

consideración, era que el padre en su calidad de juez doméstico, tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en uso, y hacer propias todas sus adquisiciones y extender sobre sus nietos, el mismo poder ilimitado. La costumbre, en un principio y después las leyes, vinieron a dulcificar esta institución, quedando limitada la potestad del padre: primero, a castigar módicamente a los hijos por las faltas que cometían, siendo peculiar del juez, el conocimiento de sus delitos; segundo, a vender el hijo recién nacido, sanguinolento, como le llama el Emperador Constantino, sólo en caso de extrema necesidad; tercero, a hacer suyas o tener participación en las adquisiciones de los hijos; cuarto, a retener en su poder a sus descendientes por línea de varón.”⁶

En estos términos se entiende que el sistema romano llegó a desarrollar notablemente, la potestad paterna, sin embargo, parece ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad, todavía permanecen inciertos; señalando Eduardo B. Busso, que, “últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se encuentran en el derecho ártico, y no exclusivamente en el romano, como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma, la regulación del instituto, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo.”⁷

De lo citado se advierte, que la patria potestad es el poder que tiene el jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil.

⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Curso Histórico Exegético del Derecho Romano. T.I. 3ª edición, Ed. Bosch, Madrid, España, 2005. p. 66.

⁷ BUSSO, Eduardo. Código Civil Anotado. T.II. 3ª edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, República de Argentina, 1970. p. 531.

No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del Derecho Civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre su descendiente, también ciudadano romano. En ella, se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. Esta facultad se ejerce sólo por y sobre los ciudadanos romanos.

La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del *paterfamilias*), era un rasgo típico, del derecho romano que el derecho moderno, no ha adoptado. También en el mundo mediterráneo antiguo fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, no en el *ius gentium*, sino en el *ius civile*.

En la práctica, empero, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la difundida costumbre de emancipar a los hijos, cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los peculios, que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran, quedándose éstos, con parte de los beneficios.

En la actualidad, la patria potestad, es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.

b) Francia.

De acuerdo a lo vertido en el punto inmediato anterior, 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.

El jurista 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.”⁸

Se dice generalmente que, en la concepción del derecho francés, los derechos de la patria potestad son atribuidos al padre y a la madre, para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tienen en consideración de sus hijos. La idea es verdad y la institución de la caducidad de la potestad paterna la ha subrayado. Será, mientras tanto, inexacto el pretender que se falle en considerar estos derechos, únicamente como una función y el negarle todo carácter de derechos, es decir, de prerrogativas atribuidas a los padres. Este carácter no se encuentra únicamente en el derecho de disfrute legal, en donde él, está patente aún cuando no parezca un derecho esencial. Él se hace visible también y sobre todo, en el derecho de escoger la orientación moral, intelectual y profesional que le será dada al hijo. Negar que el padre tenga, a título de

⁸ ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 2ª edición, Ed. Oxford, México, 2008. p. 161.

prerrogativa, la libertad de esa elección, es admitir que aquélla perteneciera a los poderes públicos, que pudieran imponerle su voluntad a éste respecto.

Marcel Planiol, define a la patria potestad, “como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones, lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo.”⁹

El mismo autor parisino agrega que la expresión “patria potestad nunca ha sido exacta en Derecho Francés, porque lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, más que una potestad. Además, de que ella ya no pertenece solamente al padre, como la romana, sino que también la ejerce la madre a falta de aquél.”¹⁰

Lo que en la legislación francesa se llamaba la caducidad de la patria potestad, corresponde a nuestro concepto de la pérdida de la misma y en un principio, afectaba a los padres culpables de haber excitado o favorecido habitualmente el libertinaje de sus hijos. Sin embargo, Planiol “califica como insuficiente esa medida, pues el legislador había olvidado que numerosos padres se mostraban indignos de la confianza de la ley, ya que maltrataban o

⁹ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil. Vol. 8, 2ª edición, Ed. Harla, Biblioteca Clásicos del Derecho, Traducción de Leonel Péreznieta Castro, México, 2000. p. 251.

¹⁰ Ibidem. p. 252.

abandonaban a sus hijos, o bien, los dedicaban al robo, mendicidad o prostitución.”¹¹

Julien Bonnecase da una extensión de mayor relieve a la patria potestad, pues la define como, “el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios.”¹²

Como puede apreciarse, esta noción es amplia y forma un contraste con la que ordinariamente precisan los autores; éstos en su definición, se refieren al padre y a la madre únicamente. Pero, como veremos, la nuestra es correcta. Por el momento adviértase, simplemente, que la patria potestad no corresponde ya a la concepción de un conjunto de prerrogativas a favor de los padres; es, por el contrario, una obligación en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres y a favor de los hijos, cuyo objeto, es la educación de estos. Nótese, igualmente, que la patria potestad está ligada a la noción de la minoría de edad.

Podemos decir, que la patria potestad, toma su origen de la filiación. Es una situación establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya

¹¹ Ibidem. p. 294.

¹² BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. I. Biblioteca Clásicos del Derecho. 2ª edición, Ed. Harla, Traducción y compilación, Enrique Figueroa Alfonzo, México, 2001. p. 275.

se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

Para lograr esa finalidad potestativa que debe ser cumplida a la vez, por el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

De lo expuesto, se infiere que el vocablo patria potestad, nunca ha sido preciso en derecho francés, y actualmente, menos que nunca. Lo que corresponde a los padres, es más bien una tutela, es decir, una carga, que una potestad (*potestas*). Además, esta potestad no pertenece únicamente al padre como patria potestad romana; también corresponde a la madre quien la ejerce a falta de aquél.

El artículo 372 del Código de Napoleón, atribuye la patria potestad, conjuntamente al padre y a la madre: El hijo queda bajo su autoridad. Pero esta atribución, casi es nominal en lo que se refiere a la madre, mientras dure el matrimonio. En efecto, aunque esta potestad es común a ambos padres, es alegada de una manera exclusiva al padre:

“Solamente el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio (artículo 373). Tal preponderancia del padre, es necesaria para resolver las cuestiones cotidianas. Mientras viva el padre y sea capaz de actuar, el derecho de la madre duerme, por decirlo así. Apenas si encontrará ocasión de ejercerlo para consentir en el matrimonio de sus hijos. Sin embargo, algunas leyes recientes tienden a aumentar las facultades de la madre, inspirándose en una idea de igualdad entre los esposos. La Ley del 19 de junio de 1923 sobre la adopción, exige el consentimiento de la madre para que pueda adoptarse a su hijo menor (artículo 348 reformado). La ley del 17 de julio de 1927, reformando notoriamente la regla tradicional sobre el consentimiento para el matrimonio, decide que el hijo menor, puede casarse con el consentimiento de la madre y a pesar de la oposición del padre (artículo 142 reformado). Por último, la ley del 10 de agosto de 1927 sobre la nacionalidad, determina la del hijo legítimo tanto por la nacionalidad del padre como por la de la madre (artículos 1, 3 y 2-1).”¹³

No puede privarse al padre, por un convenio entre los esposos, del ejercicio exclusivo de la patria potestad. Toda convención cuyo objeto o resultado sea privar al padre de su potestad, para transferirla a la madre es nula, por ser contraria al orden público (artículos 6 y 1338). Pero a menudo, cuando el matrimonio se celebra entre personas que profesan credos religiosos diferentes, la madre pide que sus hijos sean educados en su religión y no en la del marido. Se admite que esta convención no es civilmente obligatoria, y que la mujer no tiene ningún medio para obtener su cumplimiento, siendo de lamentarse esta solución,

¹³ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Op. cit. p.p. 255 y 256.

el padre no ha enajenado su potestad, no ha abdicado de ella con anterioridad; ha usado de ella, determinando cuál será la religión de los hijos.

El contrato de matrimonio, es la carta de la familia y ninguna ventaja se advierte en autorizar la violación de esta clase de compromisos. Es de desearse la estabilidad de estas convenciones, porque constituyen el único medio de mantener la concordia en los matrimonios mixtos, sin que por ello, se viole el artículo 1388, puesto que la decisión es tomada por el marido y no por la mujer. Es verdad que esta convención se hace con anterioridad y no en el momento mismo en que debe ejecutarse; pero su lugar natural se halla en un acto que justamente está destinado a reglamentar con anterioridad la ley que regirá a la familia.

Únicamente a falta del padre, corresponde a la madre el ejercicio de la patria potestad, la que en ella se convierte en una potestad materna. Los casos en que se produce este desplazamiento de la potestad sobre el hijo, son los siguientes:

- “1. Muerte del padre. En este caso, a la madre corresponde por sí sola y para el futuro, el ejercicio de la patria potestad, sin que el padre pueda afectar en su testamento esta autoridad.
2. Pérdida para el padre de la patria potestad. La pérdida de la patria potestad para el padre producía antes el mismo efecto que su defunción. Pero la ley del 24 de julio de 1889, que multiplicó las causas de la pérdida, reservó a los tribunales de derecho, decidir si el ejercicio

de la patria potestad debe atribuirse a la madre (artículo 9). En consecuencia, la madre no se beneficia, necesariamente, con la pérdida de la patria potestad para el padre; y si el tribunal lo juzga a propósito, no se transmitirá a ella la patria potestad, sino que se organizará la tutela.

3. Cuando el padre no se halle en derecho de ejercer sus derechos. Puede esto suceder como consecuencia de la locura o de la ausencia. La ley sólo previó este último caso.”¹⁴

En el artículo 141 de la Ley del 24 de Junio de 1889, establecía que la vigilancia de los hijos menores, se transmite a la madre, y que ésta ejerce todos los derechos del marido. Adviértase que en este caso, la madre obra más bien a nombre de su marido, ausente o enajenado, que en el suyo propio, o en virtud de una especie de delegación.

2. En México.

En el pueblo Mexica, es difícil señalar el contorno de una institución análoga a la patria potestad.

La existencia de la poligamia, aun cuando las esposas tuvieran rangos diferentes, el poder de las castas gobernante y sacerdotal en la sociedad mexicana, presentan, evidentemente, una familia minimizada. La potestad de educar,

¹⁴ Idem.

fundamentalmente, no era atributo de los padres; el hijo, a temprana edad, ingresaba al *calmecac*, si era noble, o al *telpuchcali*, si era plebeyo.

Es difícil hacer precisiones y establecer analogías, ante una visión sociocultural muy distinta a la de los pueblos europeos; no obstante, recojo los datos contenidos en 'El Derecho de los Aztecas', de Josef Kohler, en el tema de la potestad, dice: "En tiempos de miseria, los padres vendían a sus hijos como esclavos y esa venta era reconocida como legal. Los padres podían hacer esclavo a un hijo incorregible.

El matrimonio estaba fundado en la potestad del padre y la familia era patriarcal. El padre tenía potestad sobre sus hijos, éstos eran sus herederos y tenía el derecho de casarlos. Sin embargo, siempre se hacía sentir la influencia de la madre. El matrimonio contraído sin el consentimiento del padre pasaba por ignominioso."¹⁵

En la familia, la potestad del jefe de ella era ilimitada, de manera que la sumisión y obediencia ciega e incondicional, es característica del indio.

En contraste, en la obra de Fray Bernardino de Sahagún, indica que "el padre es la primer raíz y cepa del parentesco, que aconseja y da ejemplo a sus hijos, que les da buena crianza y doctrina; que la buena madre tiene cuidado de

¹⁵ KOHLER, Josef. El Derecho de los Aztecas. 2ª edición, Ed. Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000. p. 71.

sus hijos y, es como esclava de todos los de su casa, que los hijos son obedientes e imitan a sus padres.”¹⁶

Puedo concluir, que fuera del concepto de patria potestad, en los contornos de potestas, del poder, sí se daba en el pueblo mexicana y en general, en los pueblos que se localizaban en el territorio en el que México se asienta.

A efecto de ahondar sobre la evolución legislativa de la patria potestad en nuestro derecho, será oportuno señalar, lo que al respecto establecen los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, así como la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928, hasta antes de las reformas de 25 de mayo del 2000.

a) Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884.

Tomando como antecedente las Leyes de Reforma de 1859 y los ordenamientos civiles franceses y españoles de la época, tuvieron los legisladores del Código Civil de 1870, la fuente de su inspiración en ellos, permitiendo de acuerdo con la política individualista y liberal, la promulgación de un Código con ese corte. En cuanto a la influencia española del Código en estudio, Néstor de Buen, hace una afirmación que compartimos en parte, cuando dice: “el derecho

¹⁶ DE SAHAGÚN, Bernardino. Historia General de los Casos de Nueva España. T.III. 3ª edición, Ed. Porrúa, México, 2000. p.p. 98 y 99.

español tuvo mayor vigencia en la Nueva que en la Vieja España, donde los fueros locales, constituían barreras que, difícilmente podían superar un derecho con pretensiones de nacional.”¹⁷

España ejerció su influencia en México, pero sostener categóricamente que en nuestro país tuvo mayor vigencia el Derecho Español que en España, es pensar con una corriente hispanista de que todo lo debemos a España.

El Código Civil de 1870, en cuanto a la familia, reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que fue una especie de divorcio, además de otras cuestiones. Consideramos de gran interés, por ser el primer Código Civil de la República, referirnos ampliamente a sus disposiciones, o indirectamente han seguido influyendo las leyes civiles posteriores.

La patria potestad se limita a su ejercicio por el padre, a falta de éste, la madre, el abuelo paterno, etc., situación que nos permite ver con más claridad, la poca significación de la mujer en el Código Civil de 1870.

Podemos señalar como grandes fallas del legislador de 70 no haber tomado en consideración la situación resultante de la adopción ni del concubinato. Respecto al régimen de bienes en el matrimonio, Néstor de Buen, señala:

¹⁷ DE BUEN LOZANO, Néstor. Las Tendencias Modernas en el Derecho de Familia. Conferencia en la Facultad de Derecho. UNAM, México, 1987. p. 4.

“Siguiendo el modelo francés, queda incluido en la regulación de los contratos, aceptándose las formas de sociedad conyugal, legal y convencional y la separación de bienes. Finalmente, vale la pena destacar que el Código de 1870 contempla la prodigalidad como causa de incapacidad, sujetándose a tutela a quien se encuentra en esa situación, ejemplo que no sigue el de 1884.”¹⁸

Es indudable que el Código de 1870 fue eminentemente liberalista y tradicionalmente individualista, fue uno más de los resultados del movimiento liberal del siglo XIX, del cual, fueron buenos expositores los franceses. Sin embargo, podemos percatarnos que el legislador de 70 no le dio mayor importancia a la familia, pues la preocupación era proteger al individuo y no tomar en cuenta el interés social, el cual, en la actualidad es y debe ser el preponderante en cualquier ordenamiento jurídico.

Con relación al Código Civil de 1884, inexplicablemente se promulgó a los 14 años de haberse dictado el anterior y primero en México. Sin embargo, debemos reseñarlo como una copia del de 70, sin mayores aportaciones en el orden familiar, que entre otras cosas, instituyó la libre testamentificación, pero casi todo fue una repetición del de 70.

No podía ser de otra manera, por la predominancia del pensamiento liberal e individualista de la época. Por lo tanto, no es posible pensar en la superación de

¹⁸ Ibidem. p. 5.

una etapa que durante todo el siglo XIX, fue la pauta a seguir en los órdenes religiosos, jurídicos, morales, espirituales, etc.

Podemos afirmar categóricamente que, después de la laicización del matrimonio hecha por Juárez a través de las Leyes de Reforma y considerarlo como Institución de Derecho Civil, no encontramos durante el pasado siglo, ninguna novedad jurídica digna de mención, sobre todo en el renglón familiar.

El Código Civil de 1884 fue de tal repetición, que incluso cayó en los mismos errores de redacción.

El ordenamiento comentado, dejó sin regular el concubinato y la adopción, como ya lo dijimos anteriormente, regulando como novedad la libertad de testar, pues fue la aportación en materia 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, siguió nuestro país en su lento desarrollo, hasta ser tan grandes las diferencias entre las distintas clases sociales, que dio por resultado, un cambio social, violento, fundado en pensamientos socialistas, que llevaron a nuestro país al gran movimiento armado de 1910 y poniendo en esta revolución las bases de un proteccionismo social, prefiriendo el interés colectivo al de las minorías o el de los individuos, y resultando que así como durante el desarrollo del siglo XIX lo fue el conglomerado social, es aquí, donde encontramos el fundamento y proyección

de nuestro maravilloso siglo, pues la orientación fue en sentido social, buscando la igualdad de las mayorías, para encontrar un mejor reparto de la riqueza y dar mayores oportunidades, proyectándose así en el campo jurídico, la protección al núcleo familiar, como veremos posteriormente.”¹⁹

Con otras palabras, podemos decir, que los Códigos de 70 y el de 84, tuvieron una misma regulación; sus disposiciones se mantuvieron con el sustento de los mismos principios desde el inicio de vigencia del primer ordenamiento, hasta la derogación del segundo en lo referente a la familia, cuando en 1917 dio comienzo la fuerza obligatoria de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Lo destacable en ese lapso, es que la patria potestad sólo podía ejercerse sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, que fueran legítimos y naturales legitimados o reconocidos (artículos 391 del de 70 y 365 del de 84), lo cual, si bien en sí mismo no se trata de un planteamiento extraño, sí lo relacionamos con las limitaciones tan marcadas para la procedencia del reconocimiento de hijo, llegamos a la conclusión de que muchos menores de aquella época, quedaron excluidos de las circunstancias inherentes a la patria potestad.

Además, según ambos ordenamientos, los hijos, cualquiera que hubiere sido su estado, su edad y su condición, debieran honrar y respetar a sus padres y

¹⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª edición, Ed. UNACH, México, 1988. p. 100.

demás ascendientes (artículos 389 del de 70 y 363 del de 84); la patria potestad se ejercía por el padre, por la madre, por el abuelo paterno, por la abuela paterna, por el abuelo materno y por la abuela materna, en ese orden y el siguiente, sólo por muerte, interdicción o ausencia del anterior (artículos 392 y 393 del de 70 y 366 y 367 del de 84); quien ejerciera la patria potestad, tenía la obligación de educar al hijo o nieto en su caso, sujeto a ella (artículos 395 del de 70 y 368 del de 84), pero al mismo tiempo, la facultad de corregirle y castigarle, templada y mesuradamente, con el apoyo además de las autoridades oficiales (artículos 396, 397 y 398 del de 70 y 369, 370 y 371 del de 84).

A lo anterior, cabe agregar la representación legal del menor por sus ascendientes que correspondiera, dada la incapacidad de aquél, así como la administración de sus bienes y las causas de terminación, pérdida y suspensión de su ejercicio, que son aspectos medulares de la patria potestad. Nos reservamos comentarlos, ya conforme al Derecho vigente, pues sustancialmente, sus fundamentos continúan siendo los mismos, si bien, han observado algunos cambios, especialmente que la patria potestad dejare de ostentarse, bien sea temporal o definitivamente, o en su caso, llegue a limitarse.

b) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

“Esta ley, fue producto de la inquietud palpada por Venustiano Carranza en nuestro pueblo, el cual, tenía grandes inclinaciones hacia la igualdad y la libertad, causas éstas entre otras, las motivadoras del movimiento armado de 1910.

La lucha de clases de la Revolución de 1910, motivó como resultado positivo, la promulgación por parte de Carranza de la Ley Sobre Relaciones Familiares, la cual, se dio igual que la Ley de Divorcio de 1914, al margen del Código Civil de 1884, el cual, estaba en vigor en esa época. Es decir, la Ley Sobre Relaciones Familiares fue autónoma del Código Civil, promulgada con objeto de regular mejor la familia y sus instituciones principales, verbigracia, el matrimonio y la adopción.

Para nosotros, esta ley, fue un gran adelanto para su época y sobre ella, se hubiera podido crear el Código Familiar Federal, que tanta falta le hace a nuestro pueblo, para su mejor proyección social y protección íntegra.”²⁰

Carranza fue un gran socialista y tuvo la preocupación de dar protección a todos por igual, de ahí, el corte socialista dado a la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada el 9 de abril de 1917.

Por su importancia, consideramos justificado, hacer un breve análisis de las disposiciones contenidas en la Ley en comentario; así, en el artículo 1º, inciso IV, se afirmaba respecto a las formalidades para celebrar el contrato de matrimonio, “que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.”

Esto no es claro, pues la Ley sólo reglamentó el matrimonio legítimo y cierra toda oportunidad eclesiástica, permitiendo la confusión de interpretar a contrario sensu, que existe el matrimonio ilegítimo.

²⁰ Ibidem. p.p. 103 y 104.

Otras disposiciones de la ley mencionada, se refieren a los derechos y obligaciones nacidos del matrimonio, así, el artículo 41 expresa:

“Artículo 41. La mujer debe vivir con su marido, pero no estará obligada a hacerlo, cuando éste se ausente de la República, o se estableciere en lugar insalubre o en lugar no adecuado a la posición social de aquélla.”

En primer lugar, debe deslindarse que el jefe de la familia es el padre, de acuerdo con nuestra legislación y si éste, por razones económicas, para poder sufragar los gastos del hogar, necesita radicarse en el extranjero, este artículo no refleja la necesidad social. Se supone que debe vivir condenado a prescindir de su esposa y de sus hijos.

En nuestro derecho, si una mujer de posición media o clase alta, decide primero por amor, formar un hogar, casándose con un pobre, y posteriormente alega, ya muerto el cariño, que el marido no la tiene en un lugar a su altura social, aunque sea salubre para ella y para sus hijos, no debe tener la obligación de vivir con su marido.

Lo mismo debe decirse cuando los dos cónyuges, siendo de una misma elevada clase social y económica, por azahares, el marido fracasa y debe soportar solo su hogar, de acuerdo con sus posibilidades.

En la actualidad, la situación mencionada por el artículo citado, 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 y la suerte común. Cada día, la mujer logra igualar al hombre, en cuanto a garantías y derechos y nuestro legislador, cada vez la coloca en el lugar que le corresponde, tanto como mujer y como esposa y como compañera del hombre. Otro aspecto interesante de la Ley Sobre Relaciones Familiares, lo encontramos en materia de nulidades, respecto al matrimonio, cuando el artículo 119 manifiesta:

“Artículo 119. 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.”

“Consideramos 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 aún 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.”²¹

²¹ Ibidem. p. 105.

Un precepto con gran sentido protector familiar y en especial, de los hijos, fue el 128, que a la letra dice:

“Artículo 128. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges, mientras dura y en todo tiempo a favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él y 300 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 cuándo de mala fe, nos interesa más, que el resultado del mismo favorezca ampliamente a los hijos.

Respecto al tema que nos ocupa, podemos decir, que el legislador de 17, advirtió en los motivos del ordenamiento, que como la patria potestad no era ya la institución cuyo objeto fuera conservar la unidad familiar por fines políticos, sino la regulación de los deberes impuestos por la naturaleza en beneficio de la prole, era necesario reformar las reglas establecidas para su ejercicio.

Resultado de lo anterior fue, por una parte, que la patria potestad, también se ejercía sobre los hijos adoptados (artículo 240) de la Ley Sobre Relaciones Familiares, pues como se recordará, con este ordenamiento la adopción se incorporó a la regulación de lo familiar y en segundo término, a la patria potestad la cual se ejercía por el padre y/o la madre o sólo por uno de ellos por falta o

impedimento del otro; en defecto de ambos, entonces por los abuelos paternos y en los mismos términos y en defecto de ambos, entonces por los abuelos maternos e igualmente en los mismos términos (artículos 241 y 242) de la citada ley. Como podemos ver, esta ley estaba avanzada para el momento y época de su vigencia la cual, fue un error eliminarla de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, las disposiciones rectoras de la patria potestad, insistieron en lo establecido por los ordenamientos anteriores.

Esta fue, a grandes rasgos, la esencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, la cual, es un gran adelanto, pues pudo haber sido la base para una protección jurídica absoluta a los intereses fundamentales de la sociedad y del Estado, es decir, los intereses familiares.

“Esta ley, fue en el Continente Americano, una de las más avanzadas y sobre todo, y en esto hacemos hincapié, esa Ley Sobre Relaciones Familiares, se dio con independencia y autonomía del Código Civil de 1884, que entonces estaba en vigor. Desde nuestro punto de vista, la mencionada Ley fue demasiado adelantada para su época, sin embargo, reprobamos que el legislador de 1928 la haya abrogado y haya resumido las situaciones familiares en el Código Civil actual, pues con cierta visión socialista y sin temor, se hubiera podido apoyar en la ley mencionada para promulgar un Código Familiar Federal, que además, pensamos, hubiera ayudado a la protección de la familia mexicana y habría

contribuido a su desarrollo integral, evitando la crisis tan aguda por la que atraviesa actualmente.”²²

En fin, esa ley fue un gran paso a la protección familiar y un argumento más, el legislativo, según Cabanellas, para sostener la autonomía del Derecho Familiar, tema central de este breve estudio.

Con esto consideramos agotado, el estudio de esta Ley y siguiendo el orden cronológico que nos hemos trazado, lo haremos ahora con el Código de 1928, para saber los avances y retrocesos que al respecto se han tenido así como también, las omisiones del poder legislativo.

c) El Código Civil de 1928, hasta antes de las reformas del 25 de mayo del 2000.

Algunos autores del código en estudio, respecto a la profunda transformación que tuvieron y experimentaron los pueblos a consecuencia de su desarrollo económico y de la preponderancia que en su momento adquirió el movimiento socialista, con relación al crecimiento de las grandes urbes y de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, tuvieron como consecuencia una crisis en todas las disciplinas sociales y el derecho, que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir las influencias de esas crisis.

²² Ibidem. p. 107.

Para el Doctor Julián Güitrón, “El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan,”²³

Sin lugar a dudas, 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-económica, ha sido nula y nuestro pueblo sigue hundiéndose más cada día, en cuanto a esa “equitativa” distribución de la riqueza.

No se ha logrado el propósito de la socialización del Derecho, a pesar de que, como afirmaron, “socializar el derecho, significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción de exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra,”²⁴ para nosotros no se logró el objetivo, argumentando la actual realidad social, en la cual, el derecho se ha convertido en un instrumento de dominio para las clases poderosas del país sobre las débiles e ignorantes, las cuales, claman por un derecho justo, equitativo y efectivamente un medio para

²³ Ibidem. p. 108.

²⁴ Ibidem. p. 109.

lograr el fin de la socialización, meta que pensamos, puede ser la solución, a la convivencia humana.

Si el legislador de 1928 pensaba, como lo hemos visto, en la exposición de motivos, 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, por eso, no creemos en la doctrina expuesta por ellos, cuando expresan: “es preciso socializar el derecho, porque como dice un publicista, una socialización del derecho, será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así, un tipo de hombre más elevado, el hombre social;”²⁵ sí, pero todo esto fue palabrería, porque no realizó el anhelado hombre social y seguimos soportando esa gran diferencia entre el hombre social e individual.

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

²⁵ Idem.

En cuanto a los derechos y obligaciones resultantes del matrimonio, el legislador de 28, 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: “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 caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno 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, complementado en el gobierno de Ruiz Cortines, con un decreto del 21 de diciembre de 1953, donde se afirmaba: “Artículo 169. 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 ésta.”²⁶

²⁶ Ibídem p. 110

Cuando se habla sobre patria potestad, encontramos las novedades aportadas en el Código Civil, en los artículos 415, 416, 417, 418 y 419, que reglamentaron la manera de ejercer la autoridad paternal sobre un hijo reconocido, habido fuera de matrimonio, igualmente se reglamenta quién debe ejercer la patria potestad cuando mueran los padres, asimismo, sobre el hijo adoptivo, etc.

También, se reformó el artículo 438, que dice: 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.

En cuanto a los bienes del hijo, la legislación civil actual, se inspiró en el Código de Guatemala y en la Ley Sobre Relaciones Familiares, además de algunas aportaciones importantes, como la consignada en el artículo 442 al asentar: 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, en relación con la patria potestad.

El artículo 443, expresa: 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.
- IV. Con la adopción del hijo.
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901-bis del Código de Procedimientos Civiles.

De acuerdo a la naturaleza protectora del menor, encontramos nuevos artículos consignados en el Código Civil que sostienen: Artículo 451.- Los menores de edad emancipados, por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro. Artículo 453.- El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa, resulten al incapacitado. Esta disposición no fue conocida en la Ley Sobre Relaciones Familiares, y en ella, la persona podría eximirse, sin justa causa. Y el 454, manifiesta: La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público. Ningún pupilo puede tener más de dos tutores definitivos, salvo las excepciones a que se refiere el artículo 455.

Se reglamentaron impedimentos para ejercer la tutoría, así el artículo 459, dice: No pueden ser nombrados tutores o curadores, las personas que desempeñen en el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales

de Tutelas, ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados y en la colateral, dentro del cuarto grado inclusive.

Siempre en protección al desamparado, se dio el artículo 468, en previsión de no dejar al menor sin el cuidado, así expresa el citado ordenamiento: El Juez de lo Familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor.

Como el legislador de 28, reglamentó con profundidad la adopción, a este respecto, el artículo 481, manifiesta: El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar un tutor, pues no debemos olvidar que la relación entre adoptante y adoptado, es semejante a la existente entre padre e hijo, con sus mismas obligaciones y derechos.

En la tutela dativa, se reformaron los artículos 496 y 497 que dicen: Artículo 496.- El tutor dativo, será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez de lo familiar, confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobársela. Para reprobársela las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oírás el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Artículo 497.- Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor, lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que

figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor, se consideró responsable al juez que no nombrara en su tiempo al tutor, respondiendo por daños y perjuicios seguidos al menor por tal omisión, esto, según el artículo 498.

La diferencia observada entre el Código Civil en su origen y la Ley Sobre Relaciones Familiares, sólo muestra la inclusión en aquél de una regulación específica para el orden en ejercicio de la patria potestad por los ascendientes, según se tratase de hijos nacidos de matrimonio o de los naturales. Por lo demás, se conservó el respeto y la consideración debidos de los descendientes a los ascendientes, lo mismo que la obligación de educar y los derechos de corrección y castigo y demás señalamientos de los ordenamientos anteriores ya referidos.

En estos términos, se infiere que desde 1932, hasta antes de las reformas del 2000, el código, fue objeto de un número considerable de modificaciones y actualizaciones, quedando atrás ese respeto y consideración de los descendientes para con los ascendientes, pasando a ser un deber de respeto y consideración mutuos (artículo 411). Además, después del ejercicio conjunto del padre y madre, los ascendientes de ulterior grado, dejaron de tener un orden establecido en ley para esos efectos y fue la autoridad judicial a la que correspondió decidir que abuelos, si los paternos o los maternos, serían quienes ostentarían dicho ejercicio en defecto de los progenitores. En todo caso, debió decidirse en función del interés superior del menor, sin distinción además, de si se trató de hijos de

matrimonio o no de matrimonio (artículos 414 y siguientes). Impuso a los titulares de la patria potestad la obligación de dar buen ejemplo a sus descendientes (artículo 423).

Como puede apreciarse en la antigüedad, y época contemporánea de nuestro país, no encontramos ningún antecedente directo y específico con relación a los derechos y obligaciones derivados de la maternidad y paternidad equiparadas; sin embargo, este fenómeno siempre se ha dado desde siempre, sólo que bajo la figura del padrastro y madrastra, donde los entenados de uno y otro siempre eran relegados y mal vistos tanto por el padrastro y la madrastra o por los familiares de éstos, porque les recordaban a la anterior pareja, trauma que muchas de las veces y en la actualidad, son difíciles de superar.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO JURÍDICO VIGENTE DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir con sus deberes, respecto a la guarda, custodia y educación de sus descendientes, por ello, se equipara a una función pública; en nuestros días puede considerarse como una sumisión de los padres a las necesidades de los hijos y de la sociedad.

Esta institución jurídica, la entendemos como una función en la que los padres y los abuelos, cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen.

La patria potestad, de acuerdo con Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro, “se define como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres, con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección, mientras son menores y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación (formación).”²⁷

²⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. 2ª edición, Ed. Oxford, México, 2009. p. 268.

En estos términos, la patria potestad, no es renunciable ni transferible, ya que voluntariamente el que la tiene (padre, madre, abuelos) no puede cederla a nadie, tampoco es prescriptible, ya que el no ejercicio o abandono, se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene.

En la actualidad, la patria potestad debe ejercerse en forma alternada, por el padre como por la madre o, en ocasiones, de manera exclusiva, por alguno de los dos (limitación, suspensión o pérdida) para proteger a los menores. Además, hoy en día, se ha erradicado la idea de poder absoluto para gobernar y administrar los bienes de éstos. Por otra parte, a falta de los padres, será el juez de lo familiar el que decidirá quién de los ascendientes, en segundo grado (abuelos) la ejercerá. Tratándose de la patria potestad, nuestro Código Civil local, pondera los principios de respeto y consideración mutuos y establece que éstos deben imperar en las relaciones entre ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sea que estén juntos o separados. A efecto de dar cumplimiento a lo requerido en este capítulo, desarrollaremos lo siguiente.

1) Código Civil para el Distrito Federal.

“Ha sido tradicional en el Derecho Familiar mexicano, que la ley tenga preferencia por la madre, cuando se trata de atribuir la guarda y custodia de un niño o una niña, que como fue hasta el 31 de mayo del año 2000, debía corresponder a la madre, sea cual fuere el sexo del menor, hasta los 7 años de

edad. Esto varió. Se dictaron nuevas normas. El Código Civil para el Distrito Federal, en vigor, siempre con el criterio de que prevalezca la madre, aumentó la edad de los menores a 12 años, para que en esta situación, se le otorgue a ella, por regla general, la guarda y custodia.”²⁸

Es evidente, que ni en la primera ni en la segunda hipótesis, se consideró el interés superior del menor; la presunción a favor de la madre, se dio por esa situación y no en función del interés del menor. En otras palabras, hasta hoy, ha sido la edad, el factor determinante para que la autoridad judicial atribuya la guarda y custodia a la madre de sus hijos e hijas, hasta los 12 años de edad. Esto ha traído innumerables conflictos en el medio mexicano; porque hay supuestos en que sería más conveniente que el menor, sea cual fuere su edad, esté con el padre y no con la madre, y muchos otros, en que sería más conveniente, sobre todo, para el niño o niña, que estuvieran al cuidado de un tercero que no fueran sus progenitores.

El Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 282 apartado B Fracción II establece que los niños y niñas, hasta los 12 años de edad, deben estar, para su guarda y custodia, en el caso de un divorcio, con la madre. Bien entendido que la patria potestad seguirá siendo ejercida por el padre y la madre, aun cuando ella sea la que física y materialmente tenga a los hijos e hijas en su poder. Ratificamos lo que ya se había señalado, que es preponderante el interés

²⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del Año 2000. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2003. p.p. 275 y 276.

superior, representado por el menor, quien debe estar por encima de lo que el legislador argumentó; primero para elevar la edad a 12 años y segundo, seguir considerando que lo mejor, es que el niño o niña, estén con la madre.

Los artículos 411 al 448 del Código Civil para el Distrito Federal, regulan lo relacionado a la patria potestad, derogándose actualmente el artículo 415 donde, a grandes rasgos, se establece lo siguiente.

“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 para Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Dicha función, se ejerce por los padres y cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

Cuando falten ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en la ley civil, 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. 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 cualquiera autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda. 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, ya que los integrantes de la familia, tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar. Para ello, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo con las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”²⁹

Para el 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 la naturaleza de las resoluciones provisionales o definitivas que dicte, que pueden alterarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se haya deducido en el juicio correspondiente. 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.

²⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. 2ª edición, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 472.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente, las personas que lo adopten. Solamente por falta o impedimento de todos los llamados, preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido por la ley. 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. 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. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del Código Civil para el Distrito Federal. 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 adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios de su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

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.

“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 cualquier otro título. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad,

administración y usufructo al hijo. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo, corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto. 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. La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, se considera como donación.”³⁰

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes, cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso, serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad. El usufructo de los bienes, concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que corresponden a la materia de los alimentos, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes: I. Cuando los que ejercen la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados; II. Cuando contraigan ulteriores nupcias; III. Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

“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

³⁰ Ibidem. p.p. 473 y 474.

autorización de 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 de que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos. Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, tomarán las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto al que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a 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.”³¹

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.

Las personas que ejercen la patria potestad, tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad, tengan un interés opuesto al de los hijos, serán estos, representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas

³¹ Ibidem. p. 474.

necesarias para impedir que, por 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. Las personas que ejercen la patria potestad, deben entregar a sus hijos, luego que éstos, se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes frutos que les pertenecen.

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; IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el o los adoptantes.

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 de éste código; III. En los caso de violencia familiar en contra del menor; IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días sin causa justificada. El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de

Procedimientos Civiles del Distrito Federal; V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; VI. Cuando el que la ejerza, hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual, haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; VII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delitos graves; VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.

La patria potestad, podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, teniendo en cuenta lo que dispone el mismo ordenamiento civil.

Cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho, los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, así como tampoco, el cónyuge o concubina con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

La patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y IV. Por sentencia condenatoria que imponga esta suspensión; V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o

incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado; VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente; VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente código y del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

El padre y la madre, ejercen la patria potestad de los hijos que adoptan. 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.

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

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. 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 lo 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.

Ciertamente, en el año 2000, la patria potestad, como muchas otras instituciones de lo familiar, fueron objeto de modificaciones; sin embargo, dichas reformas no han sido las últimas, sino que en 2004 e inclusive, con mayores alcances en 2007, el catálogo legal de la institución ha sido actualizado.

Fue en los años 2000 y 2004 cuando se abordaron, en su gran mayoría, la parte relativa a las causas de terminación, pérdida suspensión o ilimitación, de la patria potestad, preferimos dejar su presentación para el inciso siguiente.

2) Sujetos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad.

A estas personas se les conoce también como sujetos activos de la patria potestad, es decir, son los que desempeñan el cargo. En nuestro derecho, éstos son el padre y la madre y, a falta de ambos, los ascendientes en segundo grado

(abuelos), en el orden que determine el juez de lo familiar, de acuerdo con las circunstancias del caso, tomando en consideración el interés superior del menor.

Son sujetos pasivos, aquellos sobre quienes recae el desempeño del cargo, los que se encuentran en situación de subordinación, es decir, los descendientes menores de 18 años no emancipados.

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, recaerá en el padre y la madre, aunque estén separados (separación o divorcio). En tal caso, la ejercerán de común acuerdo o en los términos de la resolución judicial que la ordene. Además, ante cualquier circunstancia que obligue a uno de los dos a no ejercerla, pasará al otro.

En caso de adopción, tratándose de la adopción simple, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad sobre el menor adoptado, o el adoptante y el progenitor, si son esposos o concubinos.

En caso de la adopción plena, toda vez que el adoptante tiene, respecto de la persona y patrimonio de los adoptados, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, la patria potestad se ejerce en los mismos términos de la filiación consanguínea.

“Los artículos 416, 417 y 418 actuales del Código civil para el Distrito Federal, no sólo establecen las reglas para el ejercicio de la patria potestad,

cuando los padres están separados, sino que también determinan que su ejercicio deberá ajustarse a lo que los progenitores convengan, en particular, en lo relativo a la guarda y custodia, la que podrán compartir. A falta de ese convenio, estarán a lo que estipule la resolución judicial respectiva, en la que se habrá tomado en cuenta la opinión del menor y se procurará, en lo posible, el régimen de custodia compartida, salvo peligro grave, pudiendo permanecer el hijo, de manera plena e ilimitada con ambos padres. El menor quedará bajo la custodia materna hasta los doce años si no hay riesgo para su integridad física y mental, y después de esa edad, el padre que no la ejerce, podrá demandarla en lo posible, para ambos progenitores. En caso de suspenderse el ejercicio de la custodia por incumplimiento del régimen de convivencia establecido (realización de conductas reiteradas encaminadas a evitar la convivencia materno/paterno filial), podrá ser recuperada cuando se acredite que se ha vuelto a cumplir en forma constante con dicho régimen. Asimismo, es preciso aclarar que la separación entre los padres no extingue sus obligaciones en materia de alimentos, tampoco limita su derecho de convivencia con los menores ni la responsabilidad de educarlos.”³²

La reforma realizada al Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, incorporó en este capítulo, el derecho de convivencia de los menores con sus ascendientes que ejercen la patria potestad, aunque no tengan la custodia, en un afán de que el menor conserve el doble vínculo filial para su buen desarrollo, salvo que exista peligro para ellos.

³² BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Op. cit. p. 270.

El derecho citado, debe entenderse como el conjunto de relaciones personales entre el menor y sus ascendientes, las cuales, sólo podrán impedirse por causa justa y mediante declaración judicial. Lo mismo sucede con el derecho para que convivan con sus parientes de ambas líneas (primos, tíos maternos y paternos), derecho que sólo el juez familiar podrá limitar, suspender o quitar.

En estos términos, la reforma al Código Civil para el Distrito Federal del año 2004, señaló como causa de suspensión del derecho de convivencia entre hijos y progenitores, el incumplimiento del ascendiente para convivir con el hijo no obstante que ésta se decretó por resolución judicial, sino había causa justificada para tal incumplimiento quedaba como precedente para no ejercer tal derecho con ese hijo, mientras sea menor de edad.

Con el propósito de regular la custodia de los menores, que en nuestro medio, frecuentemente se deja al arbitrio de los parientes por cualquier causa, el artículo 418, dispone que las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores se aplicarán al pariente que tenga la custodia de un menor, en el entendido de que quien conserva la patria potestad está obligado a contribuir en todos sus deberes con ese pariente que tiene la custodia, y conservará sus derechos de convivencia y vigilancia tal y como lo fije el juez. Esta custodia puede terminar por decisión del pariente que la ha venido realizando, por decisión de quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

La obligación de educar de manera conveniente a los menores, es la misma para quienes ejercen la patria potestad que para los que tienen la custodia.

La facultad de corrección de que disponen, quienes ejercen la patria potestad o tienen menores bajo su custodia, es una atribución limitada, es decir, no podrán usar medios correctivos que impliquen para el menor, actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica, en los términos a que aluden los artículos 323-Quáter y 423, segundo párrafo, del Código Civil local vigente; de lo contrario, se dará aviso al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda. Además, están obligados a observar una conducta que le sirva de buen ejemplo.

a) Los ascendientes.

La patria potestad, aglutina los derechos de los ascendientes sobre la persona y los bienes de sus descendientes, para cumplir puntualmente con las obligaciones impuestas por esa situación. De lo dicho se desprenden los rubros de nuestros comentarios al respecto. Se trata en primer lugar, de dos elementos personales; los ascendientes y los descendientes involucrados; en segundo término, el objeto que es en suma, el status de unos y otros y que, como se verá en su momento y así, se puede plantear fácilmente por las condiciones de cada sujeto, la situación de los ascendientes es de un acervo considerablemente más abundante y complejo, comparativamente con el de los descendientes.

La patria potestad la ejercen los padres; a falta de uno de ellos, el otro continuará en el ejercicio; a falta de padre y madre, corresponde a los abuelos, sean paternos o maternos, a juicio del Juez de lo Familiar.

“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.”

El ejercicio de la patria potestad, le corresponde en forma conjunta y a falta de uno de ellos, la ejercerá el otro; por ejemplo, si el padre fallece o pierde la patria potestad, la ejercerá la madre.

Anteriormente, el artículo 414 indicaba el orden de atribución del ejercicio de la patria potestad: padre y madre, abuelos paternos y abuelos maternos.

El texto vigente, es correcto; no hay razón para que exista prelación de los abuelos paternos sobre los maternos.

La situación óptima, es que padre y madre vivan juntos y los dos ejerzan una patria potestad plena, tener al menor junto a ellos, es viable cumplir con el

deber de educar. Desafortunadamente, no siempre sucede así; aquí es donde el derecho debe recoger las distintas hipótesis que se presentan en la vida diaria y trasladarlas al ámbito jurídico para su regulación.

Ocurre, con frecuencia, que los padres vivan separados, en tal caso, ambos conservan la patria potestad, pero uno de ellos, tendrá la custodia, bien por convenio entre padre y madre, o por determinación del juez de lo Familiar.

Al efecto, dice el 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 relacionado 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.

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.”

De la lectura de los preceptos aplicables, se desprende que quienes están llamados a ejercer la patria potestad son los padres y los abuelos, sean éstos paternos o maternos. Hasta los abuelos llega la posibilidad legal; no rebasa esa

segunda generación de distancia; por ello, unos bisabuelos, no ejercerían la patria potestad.

El llamamiento a los padres y a los abuelos no es para una participación conjunta; de conformidad con las disposiciones aplicables, la patria potestad de los padres o en su caso, por las razones establecidas en la ley, así sea de uno de ellos, excluye la de los abuelos, es decir, los padres siempre tendrán preferencia para ejercer la patria potestad por encima de los abuelos, a no ser que aquellos estén excluidos por la ley.

b) Orden de llamamiento legal para su ejercicio.

Los padres siempre serán señalados, inicialmente, para el ejercicio de la patria potestad; mientras el hijo no nazca, la intervención de la madre, será importante así sea sólo que por las condiciones el hijo puede darse, o sea, su representación legal para aceptar donaciones, herencias y legados, es fundamental e imprescindible. Si la paternidad se presume por matrimonio, la patria potestad será compartida en esa época; si no hay matrimonio de por medio, el hijo no nacido, deberá ser objeto de reconocimiento para que el padre desempeñe su papel como tal.

A partir del nacimiento, los llamados en primer lugar para el ejercicio de la patria potestad son los dos progenitores; en defecto de ambos, quien de ellos pueda hacerlo; si padre y madre no pueden hacerlo, la autoridad judicial decidirá a

que ascendientes de segundo grado, corresponde su ejercicio. Así se desprende de los artículos 414 y 420 del código.

“De conformidad con el primero de dichos preceptos, 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. Además, 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.”³³

De acuerdo con el artículo 420, “solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán en el 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.”

Para Jorge Alfredo Martínez Domínguez, lo citado merece la consideración siguiente: “La diferencia entre la regulación contenida en el Código actual, comparativamente con la de los Códigos de 70 y 84 es bien distinta. En nuestros días, la presencia paritaria buscada por la mujer, tiene una manifestación clara en el señalamiento de quien o quienes ejercen la patria potestad. Según vimos, en los ordenamientos del siglo XIX, primero era el padre, después la madre, en tercer

³³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2008. p. 594.

lugar el abuelo paterno; en cuarto, la abuela paterna, después el abuelo materno y al final, la abuela materna. En la regulación actual, por su parte, ambos progenitores concurren sin preferencia alguna, y no sólo eso, sino además, ante la falta de uno, el otro tendrá el ejercicio en plenitud y exclusividad, amén de que la no concurrencia de los dos padres, trae consigo la participación de los abuelos, sean paternos o maternos, sin prioridad alguna por una u otra línea, pues la autoridad judicial, tiene a su cargo resolver lo más adecuado para el menor.”³⁴

En tales condiciones, el segundo de los preceptos citados, resulta inútil, pues simplemente repite el señalamiento del primero. Su texto, que es igual desde siempre, se justificaba cuando al inicio de la vigencia del código, señalaba primero a los padres, luego a los abuelos paternos y al final, a los maternos. Ahora, el orden es como lo hemos indicado.

La falta de los progenitores a que se refiere el segundo párrafo del artículo 414, es por su muerte. Cualquier otra circunstancia señalada en el precepto, debe aplicarse a la pérdida y a la suspensión de la patria potestad. Como veremos, son causas de terminación de ese ejercicio, respecto de un progenitor.

c) Adoptantes.

Con relación a los adoptantes, da lugar a criticar severamente la redacción del artículo 419, que igualmente, ha conservado su texto desde el inicio de

³⁴ Idem.

vigencia del código, conforme al cual, “la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente, las personas que lo adopten”, lo que en realidad era aplicable cuando la adopción generaba consecuencias jurídicas, sólo entre adoptante y adoptado, más ahora, al ser la adopción plena la manifestación única de la adopción, hace estar al precepto en plena contradicción con la regulación vigente de la institución. En la actualidad, ante la falta o impedimento de ambos padres adoptivos, el Juez decidirá cuáles de los abuelos, padres de aquéllos, ejercerán la patria potestad. Aquí, lo importante será proteger la vida e interés superior del menor como derechos humanos intrínsecos de la persona.

Lo establecido por el artículo 419 y 410-D del Código Civil para el Distrito Federal, pugnan con el primer párrafo del numeral 390 del Código Civil: “El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes, los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.”

Quien tiene la custodia, vive el ejercicio pleno de la patria potestad, pues tiene al menor junto a sí.

“Algunos autores, apuntan diferencia entre titularidad y ejercicio; a los padres les corresponde la titularidad de la patria potestad y ésta, como adelante lo analizaré, es irrenunciable y no delegable; el ejercicio lo tienen en la hipótesis de

vivir juntos y ambos convivan con el menor, más si viven separados quien tiene la custodia, tendrá el ejercicio.”³⁵

Bueres y Highton, escriben: “El ejercicio de la patria potestad no presenta el mismo régimen que el de su titularidad. Como veremos a continuación, el ejercicio de la patria potestad, se concede por la ley de manera diferente, es decir, a ambos padres o a uno de ellos, según las pautas establecidas por el artículo 267, en caso de divorcio, al igual que la guarda y custodia así como también, lo que establecen los artículos 443, 444, 444-bis y 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dicho ejercicio, puede ser compartido o unilateral, según los casos. El ejercicio de la patria potestad, se concede plenamente a ambos padres, cuando conviven con el hijo menor, lo que facilita el gobierno de la persona y bienes del hijo, y el cumplimiento de los fines de la patria potestad. Cuando los progenitores no conviven, la ley atribuye el ejercicio de la patria potestad, en principio, al progenitor que convive con el hijo, es decir, a uno de los padres, a quien se denomina padre ejercitante. Estamos en el supuesto del ejercicio unilateral de la patria potestad.”³⁶

Esta atribución por la ley del ejercicio de la autoridad a uno de los padres, no significa que el otro progenitor, el padre no ejerciente cotitular de la patria potestad, sea desplazado totalmente del ejercicio de la autoridad de padre. Así, el

³⁵. BUERES, Alberto J. y Elena I. Highton. Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. T.I. 2ª edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 1993. p. 452.

³⁶ Ibidem. p. 453.

padre que no tiene al hijo consigo, el no ejerciente, puede comunicarse adecuadamente con su hijo, supervisar su educación, alimentarlo, puede oponerse a los actos que disponga en la vida cotidiana el padre ejerciente, y es convocado necesariamente, para prestar su consentimiento en los actos trascendentes para la vida del hijo.

Para reafirmar lo dicho será necesario, citar la tesis jurisprudencial siguiente:

“PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA.- La patria potestad se ha establecido principalmente, en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su experiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son, velar por la seguridad e inseguridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo, mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.”³⁷

El mencionado artículo 422 del Código Civil, establece: “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

³⁷ Semanario Judicial de la Federación. T.IV. Registro 326. Vol. I. Novena Época, México, 1917-2000. p.p. 222 y 223.

obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.”

El numeral 423 del mismo ordenamiento, dispone: “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.”

Se desprende de lo transcrito, que puede estar dissociada la patria potestad de la custodia, es decir, que una persona que no tenga la patria potestad, puede tener la custodia; por ejemplo, los padres, quienes ejercen la patria potestad, convienen en que la custodia la tenga una abuela.

De igual forma y para el caso de situaciones excepcionales y siempre en aras del interés y educación del menor; en caso de controversia entre el titular de la patria potestad y un tercero que ha tenido la custodia, se resuelva judicialmente a favor del tercero. A tal conflicto, se refiere la tesis, que, en la parte conducente transcribo:

“PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERÉS DEL MENOR LO HACE NECESARIO. La patria potestad implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor. En este complejo de derechos y deberes, la función de la paternidad, en que se conjugan el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad.”³⁸

De lo anterior se infiere que el menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia, la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores, han coincidido de manera unánime, en establecer que la formación de la personalidad del menor, se lleva a cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva, le ocasionaría una lesión, que ni es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí, para la percepción del entendimiento y de la emoción.

En consecuencia, aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo a las leyes, atentas las

³⁸ Idem.

circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce.

En términos generales, la adopción, constituye la extinción del ejercicio de la patria potestad de los progenitores biológicos con el hijo dado en adopción, pues una vez autorizada la adopción por el juez familiar, la patria potestad la ejercerán los padres adoptivos en los términos previstos para los padres consanguíneos, tratándose de la adopción plena, y únicamente, por el adoptante, tratándose de la adopción simple, extinguiéndose con ello, su ejercicio para los ascendientes biológicos.

Por lo expuesto y una vez adquirida la patria potestad por los padres adoptivos en la adopción plena, si faltaren, la ejercerán los ascendientes en el orden que el juez de lo familiar determine, como se prevé para los hijos consanguíneos y que en caso de la adopción simple, sólo la ejercerán los padres adoptivos, pero a falta de éstos y siendo menor de edad, al adoptado se le nombrará tutor.

d) Nueva pareja.

Cuando se establece una relación ya sea de concubinato o matrimonio y en estas, existan hijos de una unión anterior, sobre quienes se ejercerá de hecho la patria potestad, en nada modifica las relaciones jurídicas con éstos, a pesar de la situación resultante. De conformidad con el artículo 445 del código, “cuando los que ejerzan la patria potestad, pasen a segundas nupcias, no perderán por ese

hecho, los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.”

Si bien, la disposición transcrita se refiere en su inicio a segundas nupcias, debe entenderse genéricamente a ulteriores, amén de que por otra parte, más adelante abre su contenido a parejas unidas en concubinato, sea la anterior, la nueva o ambas.

Para reafirmar lo expuesto, es conveniente citar la siguiente tesis jurisprudencial:

“PATRIA POTESTAD. SU EJERCICIO NO SE SUSPENDE POR LAS CAUSAS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la relación sistemática de lo dispuesto en los artículos 34, 35, 36 y 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que los derechos o prerrogativas que se suspenden por las causas que establece el último de dichos preceptos, son aquéllos que se relacionan con la ciudadanía, entendida ésta como la capacidad otorgada por la ley para participar en los asuntos políticos del país, que se otorga indistintamente a los hombres y a las mujeres que posean la nacionalidad mexicana, mayores de dieciocho años y que tengan un modo honesto de vivir; y se suspende, entre otras causas, por estar sujeto a proceso por delito que merezca pena corporal, por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes, por estar prófugo de la justicia y porque exista sentencia que imponga como pena, esa suspensión; en consecuencia, esos derechos o prerrogativas ninguna relación tienen con los derechos civiles relativos al ejercicio de la patria

potestad, pues éstos derivan de la filiación y no de la calidad de ciudadano mexicano, de modo tal, que las causas de suspensión de la ciudadanía que establece el artículo 38 de la Constitución Política, no son aplicables a la patria potestad.”³⁹

Es común, que en la sociedad mexicana, muchas personas se unan en segundas, terceras o hasta cuartas nupcias, haciendo de esto, un negocio rentable y redituable para los progenitores, ya que muchos se dedican a vivir de las pensiones que logran adjudicarse para los hijos. Desafortunadamente, la ley es la ley y debe cumplirse, máxime, porque se trata de disposiciones familiares, las cuales, son de orden público y por ello, se cumplen, aún en contra de la voluntad del demandado.

3. Descendientes.

Sólo los menores de edad no emancipados, son los que están sujetos a patria potestad, siempre y cuando, tengan por lo menos uno de los ascendientes de los llamados por la ley para ejercerla. Así se desprende del artículo 412, por cuyo texto, “los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los descendientes que deban ejercerla conforme a la ley.”

³⁹ Semanario Judicial de la Federación. T.VII. Novena Época, Tesis XXXII/98, México, Abril de 1998. p. 123.

Se entiende por patria potestad, el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede a los padres, o en su defecto, a los abuelos, tanto sobre la persona, como sobre los bienes del menor o discapacitado, a efecto de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentos, educación y en general, del sostenimiento y formación física y moral al que se encuentran obligados, no sólo por disposiciones de carácter jurídico, señaladas por normas de carácter imperativo, sino por conceptos morales, éticos, sociales y afectivos.

“Dos son los supuestos condicionantes a la realidad de la institución; uno respecto de quien recibe sus efectos, para lo cual, necesita ser menor de edad no emancipado y el segundo, en relación con quien la ejerce; debe ser por lo menos, uno de los ascendientes en primer o segundo grado que son los llamados por la ley para ejercerlo. De no darse cualquiera de estos supuestos, bien por haber alcanzado el descendiente, la mayoría de edad, o la emancipación, o bien, emancipado aquél que siga siendo menor, no haya ascendiente a los llamados a ejercer la patria potestad, ésta no tendrá lugar y como veremos, será la tutela, la institución requerida.”⁴⁰

Si bien, la representación legal que por la patria potestad tienen los padres en relación con sus hijos, es una de las consecuencias de dicha situación, de la madre, o de la madre y el padre sobre el no nacido, no debe entenderse como una manifestación de aquélla, por pensar en el ejercicio de la patria potestad, respecto

⁴⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 596.

de los concebidos. El contenido integral de consecuencias jurídicas que la patria potestad trae consigo, dan por supuesto, el nacimiento del descendiente.

4. Terminación, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.

Son varias las razones, por las que se puede terminar, perder, suspender y limitar la patria potestad, todas están previstas en el Código Civil para el Distrito Federal. Algunas veces, la realidad va contra la esencia misma de la institución, por ejemplo, si alguien sujeto a ella, llegue a la mayoría de edad. Esta es una causa de terminación para aplicarse a todos; hay otros supuestos en los que la patria potestad cae a una situación de suspensión, respecto de alguien, con posibilidades de reanudación; es frecuente que el origen esté en lo ordenado en una resolución judicial, y, en general, los orígenes son diversos, como variadas son también las consecuencias. En términos generales, todas esas causas pueden quedar incluidas en los señalamientos contenidos en el encabezado de este apartado, los cuales, son un reflejo de cómo se intitula el capítulo correspondiente en el Código Civil mencionado.

Respecto a la terminación, acorde con lo establecido por el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, son cinco las causas de terminación de la patria potestad.

- 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;
- IV. Con la adopción del hijo;
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.

Con relación a las causas anotadas, es válido hacer los siguientes comentarios.

- Lo previsto en la fracción I del precepto, da por supuesto que al morir quien ejerza la patria potestad, éste haya sido el último en condiciones de hacerlo, bien sea por ya haber muerto los otros ascendientes a quienes pudiera corresponderles o porque éstos, la hubieren perdido o en general no pudieren ejercerla.
- Con base a lo que dispone la fracción II del artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, y como la única emancipación prevista por nuestro código, es la habida como consecuencia de que el menor contraiga matrimonio, resulta innecesaria la mención de la fracción II, en el sentido de que otro supuesto de la terminación de la patria potestad, es por la emancipación por matrimonio.

- La fracción III, referida a la mayoría de edad, es contundente. Es de la esencia de la patria potestad recaer sobre menores de edad; inclusive, si además de ser un menor de edad, se padece alguna incapacidad de las señaladas en la fracción segunda, del artículo 450, alcanzada la mayoría de edad, el sujeto no se mantiene en patria potestad, requerirá de tutor.
- La fracción IV, que refiere a la adopción, la cual, da lugar a la terminación de la patria potestad, como hemos visto, ésta simplemente se asume por el adoptante. Como efecto de la adopción, el adoptado se equipara al hijo consanguíneo y por esa razón, tiene los derechos, obligaciones y deberes de éste, en la familia del o de los adoptantes, amén de que congruente con ello, la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptante y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos. Así lo establece el artículo 410-A. Consecuentemente, al ser un menor adoptado, termina la patria potestad con sus progenitores y los otros ascendientes consanguíneos y pasará a estar bajo la de su o sus adoptantes, mientras se mantenga en la minoría de edad.
- Finalmente, la previsión de la fracción V del precepto comentado, no cambia patria potestad por patria potestad, sino ésta por tutela, y ésta puede devenir en patria potestad, si el menor llega a ser adoptado. En todo caso, la patria potestad, termina a consecuencia de haberlo así decidido y manifestado el ascendiente que la ejercía.

De lo expuesto se infiere, que efectivamente, pueden ser muchas las causas de la terminación de la patria potestad, sea por la adopción o sea por la tutela, a que se refieren las dos últimas fracciones del precepto, pero en todo caso, es triste y desventajoso para el menor ser objeto de esos cambios en su vida. Además, resulta injusto que el o los progenitores con el ejercicio de la patria potestad, tomen sus decisiones, en ocasiones irresponsables y se lleven en ellas también a los ascendientes ulteriores, pues si fuera por otras razones, como por ejemplo, la muerte de los padres, bien podrían ser aquellos a quienes correspondiera ese ejercicio.

Una vez agotadas las causas de terminación, veremos ahora, lo concerniente a la pérdida de la patria potestad y vemos que su origen, nos sitúa en una conducta de gravedad importante, contraria a los deberes impuestos a quienes la ejercen y ello da lugar a una resolución judicial que condene a esa pérdida. Dicha resolución es condicionante para la pérdida; sólo una sentencia puede condenar. Así lo establece el artículo 444 en su párrafo inicial: La patria potestad se pierde por resolución judicial, que tenga como supuestos esa condena expresa:

“Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- 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 de éste Código;
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;

El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves; y
- VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a

corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y

IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta.

Como podemos ver, la ley contiene una enumeración limitativa de las causas de pérdida de patria potestad; sin embargo, para el caso de una conducta no prevista en las fracciones de la II a la VII del precepto indicado, aparece en escena la mismísima fracción I, que permite a la autoridad judicial, condenar conductas tan graves como las indicadas expresamente, pero no previstas.

De lo citado, se puede deducir, que “resulta sana la enumeración taxativa allí contenida, pero supuesto ello, la fracción I debía ser la última con indicación expresa de que se tratare de conductas tan graves como las expresadas; en segundo término, la remisión a lo previsto en el artículo 283, para efectos del divorcio como causa de pérdida de la patria potestad, se mantiene vigente, no obstante los innumerables cambios en el texto del precepto señalado a propósito de la suerte de la patria potestad de los progenitores o demás ascendientes, cuando estos sean quienes la ejercen; en tercera, es una clara exageración, la referencia a un abandono sin causa justificada, pues todo abandono así debe entenderse; si no, no es abandono; las fracciones VI y VII suponen la resolución penal condenatoria y firme.”⁴¹

⁴¹ Ibidem. p. 623.

Con relación a la suspensión de la patria potestad, es oportuno citar lo que establece el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que este sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.
- VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

Del numeral citado, podemos deducir, que las causas, son supuestos cuya presencia es transitoria. El incapacitado puede recuperar la capacidad; el ausente puede reaparecer; el vicioso puede dejar de serlo y cualquier otra conducta que amerite la condena judicial de suspensión, puede ser objeto de tales cambios, en cada caso, que se recaiga a la patria potestad.

Finalmente, respecto a la limitación de la patria potestad es de reciente creación, ésta proviene de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del año 2000, como se lee en el artículo 444-Bis del ordenamiento citado:

“La patria potestad, podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código”; y es el artículo 283 el que ordena al Juez de lo Familiar a fijar en la sentencia de divorcio todo lo relativo a la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad.

CAPÍTULO TERCERO

PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EQUIPARADAS.

Al hablar sobre este tema posiblemente tengamos la idea, que se trata de algo relacionado con la prestación de vientre para poder concebir a un hijo; sin embargo, el tema a tratar es distinto, porque aquí nos vamos a referir a las uniones de hecho y de derecho que proliferan hoy en día en donde cada una de las partes lleva a sus hijos y a la vez, procrean los propios, lo que genera múltiples problemas, que desafortunadamente, no están regulados por el Código Civil para el Distrito Federal, desde qué tipo de parentesco se da entre los hijos de cada cónyuge y más aún, con la pareja propia.

En estos términos, será prudente disertar sobre el tópico citado a efecto de ejemplificar y solucionar lo emitido.

1. Maternidad y paternidad equiparadas en el siglo XXI.

De manera general se puede decir, que la paternidad y maternidad son funciones que tienen la misma importancia, aún cuándo involucren procesos y conductas diferentes, sin embargo, en nuestro país, en la mayoría de los casos, se produce un corto circuito cuándo se trata de asignar las responsabilidades. La división de funciones que desde la época del salvajismo se otorgó a los hombres y mujeres en relación con la división del trabajo, tiene su repercusión en la vida

actual, la mujer espera que el hombre cumpla con sus obligaciones que como padre le compete en igualdad de circunstancias que como ella las cumple, pero el padre es común que ignore la importancia de su misión, en la actualidad a parte de la maternidad y paternidad biológicas, existen las denominadas maternidad y paternidad equiparadas, que explicaremos en este capítulo.

La filiación es el vínculo que se establece entre el padre, el hijo, y éste con la madre. De ahí, surge la filiación consanguínea o adoptiva. Jurídicamente, esta relación implica más deberes y obligaciones por cumplir de parte de los progenitores, que derechos otorgados. La filiación que no se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio, donde se determine si es o no, hijo o hija del señor, de la señora o de la pareja.

Las figuras jurídicas señaladas, sí se regulan en el Código Civil para el Distrito Federal, porque hay formas de legalizarlas, no así con la paternidad y maternidad equiparadas.

En la antigüedad, citando a Roma, se decía, que: “La madre siempre era cierta *mater semper certa est*, por el sólo hecho del nacimiento; se creía que por esta circunstancia, la madre no tenía alternativa de negar al hijo; en aquella época, si bien podía darse la sustitución de infante o la simulación de un embarazo, al no descubrirse, el aforismo latino se aplicaba. Respecto al hombre, desde entonces se disponía que el padre del hijo era el esposo de la señora *pater ist est quod*

nuptia demonstrant. Así, por la confianza del hombre en la mujer, se derivaba la paternidad de éste.”⁴²

En México, existe un refrán: “los hijos de mis hijas mis nietos, los hijos de mi hijo, quién sabe”. La filiación se basaba en un hecho de confianza y posteriormente, en diferentes hipótesis legales, en las que el común denominador era aleatorio; es decir, no se podía determinar con la certeza de la actualidad, la verdadera filiación del hijo o la hija.

Güitrón Fuentevilla, comenta que, “en el pasado, en el Distrito Federal, la filiación se calificaba por las clases de hijos que regulaba la ley. Aún en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, discriminan a los hijos, de la paternidad y filiación; lo que en su sola enunciación, implicaba ya una discriminación. Hoy, el título respectivo es de la filiación y entre las disposiciones generales, supera al anterior, considera que son hijos de matrimonio, los que nazcan dentro de él; a partir de que se haya contraído esta unión o los que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a que se haya disuelto aquél, sin importar que sea por nulidad, por muerte del marido o por divorcio.”⁴³

Desafortunadamente para la excónyuge es importante que no se haya vuelto a casar, ya que en este supuesto, habría un conflicto, en virtud de que si el hijo ahora se considera de matrimonio, a partir de que éste se celebre, si ella

⁴² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del Año 2000. Op. cit. p. 229.

⁴³ *Ibidem*. p. 230.

hubiera estado embarazada y no lo hubiera manifestado, habría que recurrir a la prueba del ácido desoxirribonucleico y estar al resultado de la misma. Incluso, la ley ordena que deben contarse los días, tratándose de divorcio o nulidad, desde que de hecho, no de derecho, hubieran quedado separados los cónyuges, por determinación del Juez Familiar. Antes, había una presunción que era bastante complicada, al hablar la ley de los que hubieran nacido ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio.

Con relación al tema en estudio, podemos decir que las figuras jurídicas del padrastro y la madrastra no están reconocidos en nuestra legislación civil, sin embargo, estos son los que a veces más conviven con los hijos de cada quien.

Antes en la Legislación Civil del Distrito Federal, se hablaba del hijo nacido fuera de matrimonio, ahora, sólo se hace referencia sin especificar y se permite reconocerlo a través de la partida de nacimiento, como estaba anteriormente; por acta especial ante el Juez también del Registro, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa. A esto se agrega, para protección de los menores, que si hay un reconocimiento de una manera distinta, a las que hemos comentado, no producirá efectos, sin embargo, ese reconocimiento puede servir como indicio, respecto a un juicio, sea para investigar la paternidad o la maternidad.

Cuando el padre o la madre reconocen en forma separada a un hijo, en los supuestos distintos a los mencionados en el artículo 324, que habla de los que

nacen dentro del matrimonio o en el plazo de los trescientos días a que se haya disuelto, debe solamente asentarse en el acta, el nombre de quien comparece; así quedan a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o la maternidad. Contra la presunción anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer. El texto anterior, a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal, de 25 de Mayo del 2000 decía que no se podía revelar al reconocerse, quién era el padre o la madre y que si se hacía, debían testarse las palabras para que quedaran ilegibles, lo que obviamente cae en supuesto, que no son los más adecuados para salvaguardar la filiación.

La regulación actual, es la mejor forma de resguardar la identidad de los hijos, de la madre, del padre y de la familia. Se establece una sanción para el Juez del Registro Civil o el Familiar o al Notario, que hubiere consentido en que se viole la forma en que se reconozca ese hijo; incluso, se castigaría con la destitución de su empleo e inhabilitación por un plazo entre dos y cinco años, para ocupar un cargo semejante.

El maestro Alberto Pacheco comenta que: “en el pasado, al hijo de la mujer casada, era una norma discriminatoria que después se corrigió y que en la actualidad, ratificada por el Código Civil vigente, ya no menciona a la mujer, sino al cónyuge y se le permite, sea él o ella, reconocer al hijo habido antes de celebrado

el matrimonio, por supuesto, no tendrá que consentirlo el otro cónyuge, porque nada tiene que ver en el asunto, pero si se pretendiera llevarlo a vivir al domicilio conyugal, debe ser con la anuencia expresa de quien no sea el progenitor. Sólo para esto, se requiere el consentimiento.”⁴⁴

Si citamos el ejemplo del hijo de una mujer casada, la ley determina que no puede ser reconocido más que por su marido, empero, sí lo podrá reconocer otro hombre, si el marido lo desconoce y si se dictó una sentencia ejecutoria, que haya determinado, que no es hijo suyo.

Respecto a los hijos mayores de edad, para ser reconocidos, el legislador agrega el supuesto de que ese mayor de edad, que va a ser reconocido, no podrá llevarse a cabo, si está interdicto, entonces, deben consentirlo el tutor o el Juez Familiar, que tuviere conocimiento del asunto.

Otros supuestos que se repiten del Código anterior, se refieren al reconocimiento del hijo que al ser menor, puede en un momento dado, reclamar contra ese reconocimiento, al llegar a la mayoría hacerlo o antes, si se enteró del reconocimiento y si no, desde la fecha en que la haya adquirido. Siempre con el ánimo de proteger al menor, el nuevo Código Civil, ya no habla de una mujer que haya cuidado de la lactancia de un niño, sino de la persona, que pudiera ser un hombre y le hubiera dado mamilas y no precisamente la lactancia materna. En

⁴⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 2ª edición, Ed. Panorama, México, 1985. p. 121.

este caso, si ha permitido que lleve su nombre, se le ha reconocido públicamente y ha proveído a su educación, puede en un momento dado, contradecir el reconocimiento que una persona haya hecho o pretenda hacer, de ese niño. Es decir, se le da más apoyo, a quien lo ha cuidado.

El Código Civil para el Distrito Federal, a partir del año 2000, determina que si lo hacen juntos, convendrán quién ejercerá su guarda y custodia, antes se hablaba sólo de la custodia y además se dispone en el Código Civil vigente, que si no lo hacen así, el Juez Familiar escuchará a la madre, al padre y al menor, no debemos olvidar que la Convención Internacional de la Niñez, le da ese derecho al niño y la obligación correlativa al Juez Familiar de escucharlo, así como al Ministerio Público, para que resuelva el Juez lo más conveniente, en consideración, a la expresión más atinada del legislador el interés superior del menor.

Si el supuesto fuera de reconocimiento en forma sucesiva por la madre o el padre, quienes al no vivir juntos y lo hagan, será el primero en tiempo, quien tenga el derecho de ejercer la guarda y custodia. Claro, que si ambos convienen otra cosa, como de cuestiones de orden público, el Juez Familiar podrá actuar para modificar el convenio que ellos hubieren celebrado, y oír nuevamente a los progenitores y al menor, para que hagan la aportación más trascendente en el Código Civil para el Distrito Federal, respecto a los menores y al Ministerio Público.

Un supuesto más, a favor de los hijos, se da en el artículo 385, donde se les permite, así como a sus descendientes, investigar su paternidad. No es como se ordenaba antes de las reformas del 25 de Mayo del 2000, a los que hayan nacido fuera de matrimonio; esta norma incluye a todos por igual. Se permite indagarla por cualquier medio ordinario de prueba. Se protege a la mujer casada y su maternidad. En este caso, como se hacía en el pasado, no se permitirá la indagación, porque la ley protege a la maternidad derivada del matrimonio. Como dice la propia ley, si se trata de investigar la maternidad, porque ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal, entonces sí podrá hacerse.

En este siglo (XXI), estamos en presencia de una regulación de los métodos de fecundación asistida, porque se le dan efectos jurídicos, cuando éste se realiza entre cónyuges y consiente el marido en ellos, porque no se puede impugnar esa paternidad en los términos mencionados. Asimismo, debemos hacer hincapié en que todas las referencias que se hacían en la ley acerca del hombre o de la mujer, han variado y ahora encontramos las reformas que únicamente usan el término de cónyuge. Así ha ocurrido en los artículos 332 y 333, para ilustrar nuestra afirmación. El artículo 334 del Código Civil para el Distrito Federal, que hablaba de la viuda, la divorciada y de una serie de hipótesis respecto a la filiación del hijo habido en ese matrimonio, el mismo ha sido derogado y ahora son nuevos supuestos, los que han venido a beneficiar a los que en el pasado, tuvieron que sufrir esas vejaciones. También debe considerarse que ya no se habla de contradicción de la paternidad, sino de juicio de impugnación de ella o de la

maternidad, donde se establecen claramente las garantías de legalidad y audiencia y se incluye en esa investigación.

Podemos decir, que, el reconocimiento, investigación de la paternidad y maternidad e inclusive las nuevas formas de filiación, se encuentran reguladas aunque incipientemente por el Código Civil para el Distrito Federal, no así lo referido a los “padrastrros” y “madrastras” o lo que nosotros les llamamos paternidad y maternidad equiparadas, porque ante la sociedad, estas personas al parecer son sus padres, porque en la mayor de las veces realizan todas las funciones inherentes a los padres biológicos, son los que conviven a diario con los hijos y tienen incluso más obligaciones voluntarias que derechos sobre la persona de los menores, los cuales, están bajo sus cuidados pero sin tener el derecho de corregirlos.

Por lo expuesto, se puede decir que tradicionalmente estaremos en presencia de la paternidad y maternidad, cuándo cualquier pareja, entendida como tal el hombre y la mujer, con independencia del tipo de relación que tengan, permanente, temporal u ocasional, realizan el coito, acto necesario para la fecundación de un nuevo ser, o bien, se recurren a técnicas de inseminación artificial, en el caso de que la mujer o el hombre no puedan por el método natural ya referido, tener hijos deseados.

Es importante que en este siglo, el derecho familiar, se adecue a las necesidades jurídicas, sociales y culturales que vive el país, porque ya está

vigente el ejercicio de la paternidad entre personas del mismo sexo. Será necesario que en el Código Civil para el Distrito Federal, se regule la figura de maternidad y paternidad equiparadas, para proteger a las partes que en estas relaciones se dan.

2. Situación jurídica actual de los menores ante estas hipótesis.

Antes de hablar sobre la protección o desprotección actual de los menores de edad ante las figuras jurídicas de la maternidad y paternidad equiparadas, será conveniente definir las. Hablaremos de la maternidad y luego lo que significa equiparada, para posteriormente, unir las y hacer lo propio con paternidad equiparada.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra maternidad, significa, “de materno, estado o cualidad de madre.”⁴⁵

Galindo Garfias, considera que, “la maternidad sólo resulta en razón de la madre, a tal grado de decir que la maternidad es siempre cierta.”⁴⁶

Ante esta situación, la palabra equiparar, significa “Igualar. Considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa.”⁴⁷

⁴⁵ Diccionario de la Lengua Española. 2ª edición, Ed. Salvat, México, 2003. p. 302.

⁴⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 20ª edición, Ed. Porrúa, México, 2000. p. 696.

⁴⁷ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 339.

Como podemos ver, la palabra equiparar, es sinónimo de equivalente.

La maternidad tiene en derecho, varios efectos: en relación a la filiación; al ejercicio de la patria potestad; a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales o en el establecimiento de la punibilidad.

Por lo que se refiere a la filiación, el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, puntualiza que ésta se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad como lo dispone el artículo 370 del ordenamiento citado.

Esta acción, sólo puede ser intentada en vida de la supuesta madre, como lo establece el artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal; a menos que hubiere fallecido durante la minoría de edad del hijo en cuyo caso, podrá intentarse dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad.

Una vez establecida la maternidad y la filiación, el hijo tiene derecho a llevar el o los apellidos de la madre, en razón de que, sólo se establece la maternidad o

la paternidad; al ser alimentado por la madre y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Como el derecho a percibir alimentos es recíproco, la madre también lo tendrá, respecto del hijo, al igual que en relación a la porción de la herencia.

Asimismo, la madre ejercerá la patria potestad en los términos del ordenamiento civil.

El artículo 123, fracción V, de la Constitución Política, garantiza el goce de ciertas prerrogativas para las mujeres embarazadas entre las que está el descanso con goce de sueldo de seis semanas anteriores a la fecha aproximada para el parto y de seis semanas posteriores al mismo. Además de ello, en el periodo de lactancia, la madre gozará de dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a su hijo.

Por su parte, el Título Quinto de la Ley Federal del Trabajo, consagra una serie de modalidades cuyo propósito, en los términos del artículo 165 de la propia ley, es la protección de la maternidad.

Se puede señalar que la maternidad equiparada, resulta de la simulación o del equivalente que realiza la mujer que cuida al menor como si fuera su hijo o al menos, eso demuestra con sus atenciones y esto puede ser derivado del concubinato, adopción o de la unión de divorciados en nuevo matrimonio.

Respecto a la paternidad, María de Montserrat Pérez Contreras, precisa que esta, “deriva del latín *paternitas* que significa, cualidad de padre.”⁴⁸

Ahora bien, desde el punto de vista gramatical, el Diccionario de la Lengua Española la define como: “El tratamiento que en algunas órdenes dan los religiosos inferiores a los padres condecorados de su orden, y que los seculares dan por reverencia a todos los religiosos en general, considerándolos como padres espirituales.”⁴⁹

Jurídicamente, podemos decir, que la maternidad y paternidad tienen diversos efectos jurídicos, con relación a la filiación, los alimentos y la patria potestad. La figura que más relevancia tiene, por los problemas que conlleva y por ser ésta la causa de las otras relaciones, es la filiación.

Respecto de los hijos habidos en matrimonio, la prueba de la paternidad está dada por el principio *pater est quem nuptiae demonstrat* contenido en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

Contra este principio, que establece la presunción de la paternidad, sólo se admite la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

⁴⁸ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de los Padres y de los Hijos. 2ª edición, Ed. Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, México, 2003. p. 36.

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 379.

De lo expuesto, se desprende que el marido tiene acción para el desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos en su mujer después de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de que haya cesado la cohabitación.

En todo caso, la carga de la prueba, corresponde al marido y la acción deberá reducirse dentro de los sesenta días contados, a partir del nacimiento si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que legalmente se declare haber cesado el estado de interdicción, si ese fuere el caso.

Lo anterior está contemplado en el artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone: “Si el cónyuge varón está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela en el plazo señalado en el artículo 330 de código citado, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento”

Cuando el reconocimiento del padre es hecho sin el consentimiento de la madre, ésta puede contradecirlo y dejarlo sin efecto. En este caso, la paternidad se resolvería en un juicio denominado contradictorio.

Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cuales quiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuándo tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada como lo dispone el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal, en coordinación con el numeral 386 que dispone que el hijo, podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

Esta acción de investigación, sólo puede ser ejercitada en vida de los padres, excepto cuando éstos hubieren fallecido durante la minoría de edad del hijo, en cuyo caso, se podrá intentar dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad.

La paternidad equiparada, “es aquélla que se presume el hecho de que la persona realiza ante sí, ante la sociedad y ante terceros, todas las funciones de padre como si en verdad lo fuera.”⁵⁰

El Doctor Güitrón Fuentevilla, digno representante del Derecho Familiar, protector de la familia y del menor, va más allá sobre éste tópico y señala que: “El tipo de parentesco que se establece entre los hijos propios de cada parte y a su vez, entre éstos y los padres de cada quien, es el parentesco de afinidad y, el nombre que se le puede dar a ésta nueva familia, será el de familia consolidada.”⁵¹

⁵⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 1ª edición, 2º Volumen, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992. p. 187.

⁵¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del Año 2000. Op. cit. p. 173.

Para Augusto César Belluscio, “la paternidad equiparada, es el resultado de hecho, que la sociedad en general otorgan a la persona que los realiza como si éste fuera el padre biológico o adoptivo del menor o del que presumiblemente es el hijo.”⁵²

Para nosotros, la paternidad equiparada, es la acción que hace el supuesto padre para con el supuesto hijo como si éste verdaderamente lo fuera, es decir, hace todo lo que un padre hace con su hijo, aunque el hijo no haga lo mismo con el supuesto padre.

La problemática en estudio se deriva en que, si no hay una regulación adecuada respecto a la maternidad y paternidad equiparadas en la legislación civil, traerá como consecuencias, desprotección hacia los menores, es decir, abusos sobre estos por parte de los padrastros o madrastras injustas y golpeadoras que agraden a los seres más desprotegidos de la sociedad como son los niños, que probablemente heredarán los malos tratos para con sus hijos, cuando éstos menores sean padres.

Queremos señalar que, por bien de los menores de los padres y madres equiparadas, cuando estos son verdaderamente apoyo para los menores, deben tener derechos y obligaciones acordes con esa naturaleza o circunstancia jurídica propia, donde se pueda llegar a querer al hijo, al padre o a la madre como si éstos,

⁵² BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. T.II. 6ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. p. 201.

verdaderamente lo fueran, porque recuerden, no es padre el que engendra, sino el que cría, alimenta y cuida.

Los problemas que esto acarrea, principalmente son: violencia familiar, moral, mala alimentación, falta de atención, falta de cariño lo que hace que sean niños retraídos; es por ello, que nos debemos preocupar, porque esta situación jurídica de los padres equiparados se regule, buscando de acuerdo al interés superior del menor lo que más convenga a este, para así, dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los factores y problemas que acarrea el maltrato y agresión en los menores por padres y madres equiparados, cuando éstos no están preparados para enfrentar tal situación, los ejemplifica Marchovich al comentar que: “En cuanto a los factores individuales que generan el maltrato de los niños, por los padrastros y madrastras, podemos señalar los siguientes: En muchas ocasiones, los agresores, generalmente los padres o tutores, tuvieron ascendientes que los maltrataron, lo cual, dio como resultado que crecieran con lesiones físicas y emocionales, que les produjeran la creencia de que no eran buenos, lo que conduce a un sentimiento de rechazo y subestimación de sí mismo, que los hace deprimidos e inmaduros.”⁵³

Es importante señalar que la violencia tiene su origen en una anormalidad presente en la psicología del sujeto. Es, sin duda, la teoría a la que más recurren

⁵³ MARCOVICH, Jaime. El Maltrato de los Hijos. 2ª edición, Ed. Edicol, México, 2001. p. 130.

la publicidad y la opinión pública, en general, para explicar los hechos de sangre más graves.

El autor Chávez Asencio, señala que, “los primeros estudios de carácter clínico sobre la violencia contra los niños, dirigidos por pediatras, psicólogos y psiquiatras, tuvieron puesta su atención, de modo casi exclusivo, en el sujeto que ejercía la violencia, al relegar a segundo plano una posible relevancia causal de factores externos a la persona del victimario.”⁵⁴

El generador de la violencia, para Vélez Ordoñez, está caracterizado con una personalidad psicopatológica, con los sellos distintivos siguientes:

- “Incapacidad para tolerar el stress de la vida cotidiana;
- Profundo sentido de inadecuación o incapacidad para ejercer el rol de padres;
- Inmadurez e impulsividad;
- Frustración debida a un cambio en los roles familiares, sobre todo en la relación de pareja;
- Bajo nivel intelectual;
- Carácter particularmente antisocial, evidenciado por comportamientos desviados diversos;
- Alcoholismo o drogadicción;

⁵⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno-Filiales. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 2005. p. 167.

- Perversiones sexuales.⁵⁵

Existe dificultad, en los distintos estudios para verificar científicamente que la enfermedad mental, es una causa de la violencia, dichas investigaciones adolecen de problemas de definición, en tanto el comportamiento de la persona enferma mentalmente varía de sociedad en sociedad, de ambiente en ambiente y también en función de las circunstancias de vida del sujeto. De tal forma, que no parece comprobarse que los enfermos psiquiátricos, como grupo, sean más violentos que otros individuos; sólo constituiría un estereotipo social el que asignaría al enfermo mental un carácter marcadamente agresivo.

Por otra parte, sabemos que la frustración de los padres, casi siempre deriva en castigo hacia sus hijos, ya que en estos descargan sus tendencias negativas.

El agresor es un sujeto inadaptado que se cree incomprendido y que suele ser impulsivo e incapaz de organizar su hogar, situación que le concede a reaccionar violentamente en contra de sus hijos, en especial en momentos de crisis, sean triviales o graves en circunstancias en donde se siente amenazado, por leve o imaginaria que sea la amenaza, y dirige su agresividad o frustración hacia los hijos, quienes con su llanto agravan la situación.

⁵⁵ VELEZ ORDOÑEZ, Roberto. El Maltrato del Menor. 2ª edición, Ed. Diana, México, 2010. p. 30.

En conclusión, en muchos casos, el sujeto activo-agresor padeció una infancia difícil en la que conoció la humillación, el desprecio, la crítica destructiva y el maltrato físico, lo cual hizo que llegara a la edad adulta sin autoestima ni confianza. Esto le provocó una vida precaria que luego proyectó hacia los demás, entre ellos a sus hijos.

Existen un sinnúmero de argumentos que tratan de justificar el maltrato a los menores: por ejemplo, se les castiga por su propio bien, porque muestran un comportamiento inadecuado con el llanto, por ensuciarse, etc., en otras, las madres piensan que sus hijos son los causantes de sus pechos flácidos, caderas deformadas, obesidad, várices, hemorroides, etc., y desarrollan agresividad con el supuesto culpable, es decir, el hijo. En otros casos, los padres piensan que han defraudado las esperanzas que pusieron en él, ya sea porque presenta alguna disminución física o mental o porque no es el niño ideal. Otros padres, psicópatas o sádicos, pueden sentir placer con el sufrimiento del niño.

Algunas madres sólo aman a sus hijos y se sienten necesarias cuando estos enferman, porque esto les produce una debilidad o enfermedad que les hace amarlos y sentirse necesarias.

Muchas madrastras no están preparadas emocionalmente para el cuidado del niño; por ejemplo, si éste llora, se le alimenta, si continúa, se le cambia de pañal y prosigue el llanto, se le golpea; de tal suerte que los cuidados y el amor maternal se transforman en aversión. Esta situación ha conducido al autor Kempe

a afirmar que, “no se ha de pensar que los padres que golpean a sus hijos no los aman: a veces los quieren más y otras demasiado.”⁵⁶

En algunos casos, el maltrato se produce como resultado de estados de adicción al alcohol o drogas y son frecuentemente asociadas al maltrato y la violencia; no existe una relación causal entre ambos fenómenos. Alcoholismo y drogadicción serían más bien factores desencadenantes o precipitaciones que ayudan a liberar el impulso violento y excusan al individuo, pues está socialmente aceptado y legitimado que en tales condiciones la persona no es responsable de sus actos.

“La falta de ejercicio o de amor, por no haberlo recibido en la infancia, es el factor que condiciona luego a los padres para martirizar a sus hijos, en una cadena interminable de horrores y sufrimientos transmitidos de generación en generación. Entonces, podemos concluir, que la falta de amor en su infancia es el factor determinante que motiva a los adultos a maltratar a los niños.”⁵⁷

Con relación a la situación familiar, se pueden presentar ciertas circunstancias que generan malos tratos a los niños; cuando éstos no han sido deseados, cuando provienen de uniones extramatrimoniales, cuando han sido adoptados o incorporados a la familia en alguna forma, de manera transitoria o definitiva, cuando son producto de uniones anteriores o cuando se han colocado

⁵⁶ HOSTES, Kempe. El Maltrato de Padres a Hijos y sus Similitudes Reales. 3ª edición, Ed. EJE, México, 2001. p. 131.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 132.

en otro lugar y no se acepta su retorno a la familia original. Puede ser que los malos tratos se den en familias numerosas, en razón de carencias diversas, educacionales, de habitación o económicas, aunque no siempre sucede así.

Con frecuencia, en las familias en donde hay niños maltratados, padrastros y madrastras, existe un ambiente de inestabilidad y desorganización hogareña, desavenencia conyugal, penuria económica, enfermedades, conductas antisociales, ausencia de cuidado, ropa sucia, alimentos deficientes o mal preparados, habitaciones inmundas, mala administración del dinero (cuando lo hay), desempleo, embarazos no deseados, expulsiones de la escuela, y por lo tanto, desintegración del núcleo familiar.

Podemos considerar que el cuadro que acabamos de describir, es el lugar en el que con mayor frecuencia se desarrollan los malos tratos a los niños; pero esto no representa una regla sin excepción, ya que en algunos hogares bien integrados, con una sólida base económica y otras características positivas, puede darse, y se dan, casos de malos tratos a los niños, pero es más frecuente la incidencia en familias como las mencionadas en el anterior párrafo, por ello debemos proponer que la paternidad y maternidad sustituta, se regule adecuadamente por ser una realidad latente.

Hay otros casos en que la situación familiar, desde el punto económico y moral, es aceptable y el niño es deseado y recibido con alegría y, sin embargo, es maltratado. Esto podría deberse a una falta de autodominio o a que la familia es

partidaria de una educación severa. Podemos afirmar que la falta de preparación sobre la crianza de los hijos, los hace sentir inseguros y tener expectativas desajustadas respecto de lo que cabe esperar de una criatura en cada etapa evolutiva. Estas circunstancias, entre otras, constituyen un importante potencial de maltrato. Por medio de la propuesta que vamos a sostener, se pretende que al menor que viva con padres equiparados, tenga una protección adecuada. Esto, sólo procederá para el caso de que él o la progenitora, hayan perdido el ejercicio de la patria potestad; o se desconozca el paradero de uno u otra.

3. Cómo se protege el interés superior del menor en la maternidad y paternidad equiparadas.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

La Convención sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los

derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco que se propone analizar la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada al artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el interés superior

se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.”⁵⁸

Por ello, urge desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del “interés superior del niño” que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en el marco de seguridad jurídica.

Se parte de considerar que la Convención ha elevado el “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una

⁵⁸ VALENZUELA REYES, María Delgadina. Maternidad y Paternidad Irresponsable, 3ª edición, Ed. Pac, México, 2008, p 303.

decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención.

“Se parte de considerar que el “interés superior del niño” es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad, primero bajo la noción de “bien del niño”, después en su forma actual como principio general por la consagración que le ha dado la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3. Es por tanto, un concepto jurídico moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples. Es en consecuencia más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática”.⁵⁹

El desarrollo de “interés superior del niño” como concepto jurídico es el resultado de la evolución social y jurídica en torno a la infancia. El término era usado antes en el Derecho de la familia con tintes éticos en unos casos, como el *favor legitimitatis* en el campo de la filiación, o de tipo social o familiar entre otros, como el *favor filii*, frente al interés del o de los padres en el terreno de la patria potestad; evidenciando una perspectiva y aplicación limitada, con planteamientos y alcances diferentes.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 603.

Hoy, con la Convención sobre los Derechos de Niño, la cuestión es distinta. Por un lado, frente a una concepción tradicionalista, que concedía al niño un estatus de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, le reconoce como sujeto de derechos que, a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), podrá ejercer por si mismo derechos y libertades declinables. Desde esta perspectiva, el “interés superior del niño” consiste en la adquisición progresiva de mayor autonomía y una identidad de “adulto” que le habilite para ejercer directamente tales derechos y libertades. Por otra parte, el “interés superior del niño” es uno de los principios y valores emergentes del Estado de Derecho que irradia energía jurídica, no solo al ordenamiento jurídico en general, sino también a la actuación de los órganos estatales e instituciones públicas. Desde esta perspectiva, el “interés superior del niño” consiste en su consideración en la formulación de las políticas públicas y en la legislación relativa de la infancia.

“El panorama histórico, anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, muestra que antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia solo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos. Es a partir del siglo XIX que se fue construyendo el concepto. La respuesta del Derecho respecto a la niñez, se centró en el intento de plasmar este concepto en el ámbito de “interés superior del niño” a partir de la consideración de los “intereses” o “necesidades” de la infancia”.⁶⁰

⁶⁰ Ibidem. p. 604.

En el siglo XX, el concepto del “interés superior del niño” llega a tener un posicionamiento fundamental; sin embargo, el enfoque tutelar y paternalista imperante en los inicios de aquella época, restringía la adopción del concepto solo a la esfera del derecho de la familia.

Es a partir de la promulgación de los primeros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos de la infancia que la historia del desarrollo del concepto tiene en el siglo XX un rápido proceso de maduración en diversos ámbitos. Así, en la Declaración de Ginebra de 1942, llamada Declaración de los Derechos del Niño por la Sociedad de las Naciones, se señalaba: “la humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él”. Posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se resalta que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”.⁶¹

Es en el segundo principio de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, de la Naciones Unidas, en el que aparece por primera vez el concepto para la formulación de leyes relativas a la infancia: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en

⁶¹ GONZÁLEZ, Martín. Op. cit. p. 47.

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el “interés superior del niño”.⁶²

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el concepto es considerado “para regular la conducta de los padres en la educación y crianza de los hijos: Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos teniendo en cuenta que el interés de los hijos es la consideración primordial en todos los casos”.⁶³

No obstante, es con la previsión del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que se comprende un amplio margen de aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el “interés superior de niño”.⁶⁴

⁶² Idem.

⁶³ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. 2ª edición, Ed. C.N.D.H., México, 2005. p. 36.

⁶⁴ Ibidem. p. 38.

Esta breve síntesis del proceso de formación del concepto del “interés superior del niño” nos muestra que, desde su concepción original, se entiende como el instrumento adecuado para hacer efectiva la especial protección que se otorga a los niños, cuyo ámbito de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente a partir de la supresión de abusos en el entorno de las relaciones familiares hasta su consideración en la formulación de leyes y políticas públicas relativas a la infancia. El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño; se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño, por sobre todas las cosas, no se trata de quitarle el padre o la madre al niño, sino mas bien, de acuerdo al interés superior de éste, garantizarle quien lo provea de alimentos, cariño y cuidados, cuándo los obligados se desatienden de él.

4. Posicionamiento del Derecho Familiar ante ésta problemática.

Antes de señalar la posición que el Derecho Familiar adopta ante esta situación, será necesario ver retrospectivamente al pasado y recordar que en la familia en sus orígenes se distingue la autonomía de la mujer, característica propia del matriarcado, en la cual la exclusiva presencia de la madre con los hijos es bastante para éstos, la figura del padre no es tan trascendental, sin embargo, con la evolución del matriarcado al patriarcado se empieza a reconocer la importancia del padre en el desarrollo integral de los hijos, situación favorecida por la Iglesia católica que sacraliza las uniones monogámicas a través del matrimonio religioso, posición que es adoptada por los diversos sectores de la sociedad. Así el Estado institucionaliza este modelo “normal”, con un enfoque moderno, ya no es

necesaria la sacralización de esa unión, ni siquiera es necesario el matrimonio civil, ya es aceptable la unión a través de la figura del concubinato, pero siempre respaldada por el varón.

“En este modelo familiar, se reconocen históricamente las funciones trascendentales como punto clave en el desarrollo de los hijos, pero también a través del reconocimiento de sus derechos se le permite que además de hogar, incursione en el mercado de trabajo, sin dejar de reconocer la importancia del hombre como sujeto proveedor en la familia. Así, se exalta la unidad familiar, aunque no haya sido ratificada jurídicamente a través del matrimonio, compuesta por la pareja heterosexual y sus hijos. Estas convicciones tradicionales ven ya cómo esto contribuye al crecimiento emocional del niño que, bajo este equilibrio de influencias masculina y femenina, crece de forma sana.”⁶⁵

Así dentro de entorno, es dable afirmar que si bien, en su primera infancia, (hasta los 4 años) puede aceptarse la afirmación de que la madre es la persona más importante para el niño, el papel de padre empieza a ser primordial cuando el pequeño comienza a interactuar con el mundo, esta necesidad se hace más latente cuando asiste a la escuela, desde el momento de su inscripción, cuando en los correspondientes formatos, para su llenado, se separan los apellidos paterno, materno, y cuando desde sus primeras clases se le presenta el esquema de familia tradicional que aparece en sus libros, en sus tareas, trabajos escolares y el árbol genealógico. “La primera consecuencia es sentirse diferente a los demás

⁶⁵ VALENZUELA REYES, María Delgadina, Op. cit. p 160.

niños que encuadran en este modelo de familia, su incomodidad y necesidad se hace latente cuando pregunta con frecuencia: ¿Dónde está mi papá? ¿Por qué no vive con nosotros? ¡Quiero conocerlo! ¿Por qué no llevo su apellido? ¿Por qué no me llamo como él? Al estar el padre ausente, el niño sufre de problemas de adaptación, de socialización, se resiste a los cambios: de domicilio, de escuela, de ciudad, etc...

Los medios de comunicación, sobre todo, la televisión, que es a la que constantemente están expuestos los niños, presentan también ese momento tradicional de familia.”⁶⁶

En efecto, los mensajes religiosos, sociales y en estudios hechos por diversos profesionales, señalan la necesidad de la presencia de ambos progenitores; cabe comentar que respecto a los anuncios televisivos, en algunas ocasiones se transmitió algún anuncio en donde la madre declaraba su soltería con mucho orgullo, sin embargo, duró poco tiempo su transmisión, pensamos que lo que debiera suprimirse son las series, caricaturas, películas y videojuegos violentos que deforman la mente de los niños.

Así las funciones materno-paternas ocupan diversos niveles de importancia en las necesidades emocionales de los hijos en todas las etapas de su vida, principalmente la infancia. Con acierto se afirma, que el padre debe asumir con toda plenitud el rol que tradicionalmente se le ha asignado a la mujer, debe cuidar,

⁶⁶ Ibídem p 161.

alimentar, dar afecto y seguridad. Abrazar y besar al hijo, cantarle canciones, leerle cuentos, jugar con él algún deporte de su preferencia, ayudarle o supervisar las tareas. Tanto el niño como la niña necesitan la mirada masculina sobre la vida. Salir con los hijos, apartar un poco de tiempo para hablar y jugar con ellos, contarles sobre su trabajo y sus viajes, caerle a besos o a cosquillas no afemina a nadie. En caso de no vivir con su padre, estas funciones deben ser realizadas, con independencia si la residencia de éste sea fuera de la ciudad donde vive el niño, esto en el caso de divorcios, separaciones o la soltera que se convierte en madre, el padre debe pensar que antes que su trabajo, su “honor o prestigio”, sus ocupaciones cotidianas, está la seguridad emocional de un pequeño o pequeña que necesitan de sus abrazos, sus caricias y sus palabras llenas de afecto. En caso de que esto no sea posible por diversas razones, la madre tiene una doble función que llenar, quizás auxiliada por familiares o amigos, o bien, ella misma, con paciencia, tolerancia y, sobre todo, amor y cuidado.

Para el Psicólogo Stephen B. Poulter, “el lugar de trabajo siempre ha sido un modelo masculino y una arena para los hombres, y éstos han sido definidos exclusivamente por su trabajo y su éxito en él. El hogar, por otro lado, ha sido un modelo femenino para las mujeres, ya que se les reconoce su capacidad para cuidar a sus hijos y atender las obligaciones del hogar, con independencia de si estas ideas sean correctas o equivocadas, son creencias culturalmente muy fuertes ya que la historia ha demostrado que así ha sido. Siempre el padre es quien ha trabajado la tierra, o desde la Revolución Industrial, el que trabaja fuera

de casa y lleva el sustento al hogar.”⁶⁷ En efecto, como lo reconoce la socióloga Christine Castelain-Meunier, “la industrialización desplaza el centro del hogar hacia la madre. Este acercamiento vuelve a la madre responsable del hijo que se ve transformada en el verdadero pilar de la vida doméstica.”⁶⁸

Esta configuración se apoya sobre una singular concepción de la independencia del hombre y la dependencia económica de la mujer. En este sentido, el estado de bienestar, se estructura con base en tres elementos interdependientes familia-trabajo-sistema de seguridad social, y los dos últimos, a través de la participación con dedicación exclusiva en el mercado laboral oficial hecha posible gracias a la función de cuidado llevada a cabo por la mujer en el hogar. Cuando esta configuración familiar no existe o se rompe, sea por pobreza, divorcio, abandono, separación o soltería, en la cual, la madre ya no puede ocuparse exclusivamente de las labores del hogar y tiene que incursionar en el mercado laboral, como así sucedió después de la Revolución Industrial; la gran cantidad de madres solteras al límite de la pobreza, que hace necesario las medidas asistenciales que se presentan como sustituto parcial de la asistencia paterna: “...dirigidas más a corregir una patología que corresponde derechos. Y al mismo tiempo, precisamente por esto implican aspectos inquisitorios y humillantes: La familia sin padre es una familia de riesgo, que hay que vigilar y

⁶⁷ POULTER, Stephen B. El Factor Padre. Como el Legado Paterno Impacta en tu Vida Profesional, 2ª edición, Traducción de Adriana de la Torre Fernández, Ed. Planeta, México, 2007, p 27.

⁶⁸ CASTELAIN-MEUNIER, Christine. Padres, Madres, Hijos, 2ª edición, Traducción de Eliane Cazanave Tapie, Ed. Siglo XXI, México, 2008, p 26.

mirar con sospecha, patológica en sí y susceptible de producir patologías en los hijos (delincuencia, desequilibrios, psíquicos, drogadicción).

Es, desde luego, una estigmatización, y una discriminación, pensar que sólo los hijos de madre solteras son más vulnerables a las desviaciones de conducta. Como lo diría Albert Einstein “¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio.”

Lo que sucede en los niños que crecen sin el padre, o con un padre presente pero ausente, tienden a sufrir más que los niños cuyos padres y madres se preocupan por ellos, pero sufren, porque la misma sociedad se ha encargado de ubicar a las familias monoparentales en un lugar diferente a la familia tradicional, ello no significa que necesariamente vayan a irse por el camino de las adicciones, delincuencia u otras desviaciones del comportamiento, estos niños que a través de orientaciones, valores y cuidados de la madre, logran ser adultos plenos, felices y realizados. Aún por supuesto, dado el entorno en el que se desarrollan, es conveniente que los padres asuman su responsabilidad, sean más humanos y demuestren su interés y preocupación por sus hijos para que la etapa de la infancia se disfrute a plenitud.

La sociedad actual, nos muestra una realidad inquietante: el grado de abandono, indiferencia y maltrato en que viven muchos niños y niñas, situación que se recrudece en la adolescencia, etapa en la cual hacen crisis los traumas psicológicos, neurológicos y psiquiátricos que el ambiente familiar disfuncional

pudo haber provocado. La paternidad irresponsable es un fenómeno muy frecuente en las familias mexicanas, significa la ausencia física y emocional del progenitor, o bien, su presencia dañina; es decir, no sólo se da en aquellas familias que fueron abandonadas por el padre, o en los casos de la soltera que tuvo a un hijo o hija sin estar casada y éste no responde por las consecuencias de la relación sexual que tuvo con ella. También se observa donde éste vive en la misma casa con su esposa e hijos, pero los maltrata o ignora sus obligaciones paternas, bien sea porque piensa que la educación y atención corresponde a la mujer, o bien, porque su trabajo le impide atender cómo debe ser a su descendencia.

En entrevistas realizadas a madres solas, o con esposo, cuando se les explicaba que el estudio se refería a mujeres que se encargan de atender económica y emocionalmente a sus hijos, nos informaban que “aún cuando estaban casadas, sus esposos aún presentes, o en su caso, ausentes por motivos laborales, eran ellas quienes solas se hacían cargo de ellos”. Podemos incluir de hecho a estos casos que son muy frecuentes, dentro de las estadísticas como familias dirigidas por una mujer. Cabe hacer la aclaración que las ausencias de los padres por motivos laborales se justifican, más cuando tienen que emigrar a otros países para buscar el sustento para sus hijos, ésta ausencia no determina irresponsabilidad paterna alguna, ésta se produce cuando se dan las hipótesis señaladas en este libro.⁶⁹

⁶⁹ Entrevista realizada a madres solteras del Distrito Federal con fecha del 24 de Agosto de 2012 a fuera de los Juzgados Familiares de la Ciudad de México.

La paternidad irresponsable es un fenómeno que se ha incrementado de manera alarmante y que invade los terrenos de la legalidad, la economía, la psicología y muchas áreas más. Tema muy delicado, difícil de tratar, más aún difícil de definir, por lo que nuestra atención la concentraremos más en clarificar sus causas y consecuencias y la forma en que la ley, las autoridades y la sociedad han tratado esta temática, para comprender de mejor manera, la verdadera magnitud del problema.

En estos términos, el posicionamiento que adopta el derecho familiar consiste en aceptar y delimitar conforme a derecho, el cambio de roles sociales que la sociedad vive, regulando las distintas formas de conducta de acuerdo al interés superior del menor y familia mexicana, es decir, el derecho familiar debe estar a la vanguardia, pronto y expedito, para resolver de la mejor manera posible tomando en cuenta los hechos para fundamentarlos con base al derecho.

5. Solución que se plantea en el extranjero ante esta problemática.

En el extranjero, este tema sigue siendo omitido por los legisladores, pero desafortunadamente, es una realidad que sucede frecuentemente, es por ello, que en algunos países como Perú y Venezuela ya regulan tales supuestos.

Así; por ejemplo, Perú en su ley civil, establece lo siguiente:

“Artículo 4º. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley.”

“Artículo 5º. La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

“Artículo 6º. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, así como las sustitutas. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud.”

En Venezuela, existe la Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, así, en su artículo 2º precisa que la familia, como asociación natural de la sociedad, en su conformación y desarrollo, gozará de protección y preservación dentro de un espacio común, vinculado a la comunidad, con libre ejercicio de los principios y derechos de igualdad y deberes de las personas que la

forman; la solidaridad activa de sus integrantes, orientados por el esfuerzo colectivo, comprensión y el respeto debido.

Asimismo, los artículos 28 y 29 de la Ley Venezolana citada, establecen a grandes rasgos, que la familia sustituta, es aquella a la que accede el niño, la niña, el adolescente o la adolescente, cuando sea imposible o inviable su crianza y desarrollo en su familia de origen o sea contrario a su interés como persona humana. De igual forma, en el artículo 29, se establece que los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes que conformen la descendencia de la familia estricta, convivirán en el hogar común de los padres, desarrollándose como personas humanas, gozando del derecho de la manutención, vestido, salud y todo lo que esto implique. Cuando esto se haga imposible de realizarse, con el apoyo del Estado, accederá a una familia sustituta.

Finalmente, el artículo 75 de la Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad de Venezuela, precisa lo siguiente.

“Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser alimentados o alimentadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.” Como puede observarse, ambas deben realizarse conforme a los principios generales del derecho y de acuerdo a lo que más beneficie al menor.

En los países citados, se prevé que el menor acceda a una familia sustituta, siempre y cuando, se demuestre que no puede llevarse la convivencia con su familia de origen y se respete el interés superior del menor.

En estas circunstancias, será importante abordar algunos de los derechos básicos de los niños en general, que se aplican en el extranjero, y que deberán ser extensivos a los menores que viven con padres equiparados. Dentro de estos derechos destacan: vivir en familia, ser educados y el respeto a su libertad personal.

El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevé que el niño que está privado de su medio entorno tiene derecho a una protección y ayuda especiales del Estado, en particular a una solución de reemplazamiento (adopción, ingreso a hogares sustitutos o *kafalah*). En el primer párrafo, se expone el hecho de que al niño, cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, deba

recibir esta ayuda del Estado. Se ha dicho que esto sugiere una jerarquía de opciones: en primer lugar, los familiares; en segundo lugar, una familia sustituta; y, solo en tercer lugar, una institución apropiada.

Desafortunadamente, el Estado Mexicano se ha preocupado más por otros tópicos que por la familia o familias mexicanas y por consiguiente por los y las niñas y niños. Ante esta realidad, se debe tomar en cuenta que los menores tienen derecho a una familia que deriva también de una identidad, por ello: debemos tomar en cuenta a las familias e infantes que son la realidad del país y el derecho.

También tienen derecho a ser educados, aquí los problemas, están referidos a casos en los que los directores de centros educativos (estatales y particulares) han impedido (negando o cancelando la matrícula) que niños sigan sus estudios escolares, afectando el derecho a la educación de estos últimos.

Al respecto, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala expresamente que los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la

enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad , por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Con relación al respeto que debe tener la libertad personal de los infantes, los problemas que se han presentado están referidos a determinar la concurrencia de las condiciones de legalidad que deben rodear a toda privación preventiva de la libertad. Ello es así, por cuanto el derecho a la libertad personal implica que toda restricción a ella debe realizarse como último recurso y tiene que estar fundada siempre en la ley aplicada por órgano jurisdiccional competente.

El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser protegido contra la privación ilegal o arbitraria de su libertad, pudiendo impugnar la legalidad de tal medida ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial. Así, se señala que los Estados Partes velarán por que: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

De acuerdo con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, aprobados por la Asamblea General en su

resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, por privación de la libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (regla 11, inciso b).

Con relación a la detención y prisión preventiva, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (“Reglas de Beijing”), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, disponen que “solo se aplicará prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación de una familia o el traslado de un hogar o una institución educativa”(regla 13).

Se precisa que la detención y prisión preventiva serán dictadas “solo tras cuidadoso estudio y se reducirá al mínimo posible en el caso de que el menor sea condenado por acto grave en el que concurra violencia contra otra persona, o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada, en el examen de los casos, se considerará primordialmente el bienestar del menor” (regla 17).

Complementariamente, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad declaran: “En medida de lo

posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención preventiva, los tribunales de menores y sus órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible a esos casos, a fin de que la detención sea lo más breve posible” (regla 17).

Como puede observarse, la problemática derivada de la maternidad y paternidad equiparadas, ya se está atendiendo en el extranjero porque este, es un problema que ha traspasado fronteras el cual debe resolverse conforme a derecho.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EQUIPARADAS.

Con el propósito de precisar adecuadamente los derechos y obligaciones que pueden presentarse en la maternidad y paternidad equiparadas, en el supuesto de aceptarse la propuesta planteada en esta investigación, citaremos la problemática que actualmente rige para los infantes que viven con padres equiparados y que desafortunadamente, hasta el momento, no existe un ordenamiento que regule las hipótesis que puedan darse en esta situación.

1. Supuestos que se presentan en las parejas de hecho y de derecho que enfrentan estas situaciones.

En la actualidad, las uniones de hecho y de derecho, enfrentan serios problemas debido al cambio de roles sociales, y más aún, por las nuevas formas de conjuntar a la familia; es decir, lo normal ahora es estar divorciado, y lo anormal es permanecer casado. Lo anterior pareciera contradictorio pero desafortunadamente, es la realidad que vive la sociedad mexicana.

Lo anterior, apenas es el comienzo o entrada a la problemática que se suscita porque las parejas que se unen o se casan, por lo general, cada quien lleva a sus hijos a la relación para posteriormente, procrear los propios en pareja;

es decir, hombre y mujer llegan con sus hijos respectivos y con sus propios problemas; que muchas de las veces, se derivan de divorcios mal llevados, pensiones alimenticias no pagadas, donde se desarrolla el síndrome alienación parental entre otros.

Lo anterior no tuviera trascendencia, sino hubiere hijos de por medio, que por lo regular, cada padre defiende y protege de manera individual a los hijos propios e inclusive los prefiere por encima de los de su pareja. Pero, ¿qué pasa, cuando se procrean hijos de ambos? Por lógica los celos para los nuevos hijos, son notorios y una de las formas de llamar la atención de aquellos, son precisamente, portándose mal con sus padres respectivos y con el sustituto de ambos porque se cree, que ahora todas las atenciones y cuidados, serán para el hijo recién nacido. Aquí, es precisamente, donde el derecho debe actuar y que mejor, que sea el derecho familiar el que lo haga a través de una legislación propia de la materia o mejorando la ya existente, la cual, no prevé estas figuras jurídicas de maternidad y paternidad equiparadas, donde estos padres que denomino equiparados, conviven más tiempo con los supuestos hijos, que el padre biológico, donde muchas de las veces el padre o madre equiparado, tiene más obligaciones voluntarias con los hijos no propios, que derechos. Es decir, el padre o madre equiparados no pueden corregir al menor porque no es hijo propio aunque, para efectos de asistencia y ayuda estén al pendiente de los menores. Por lo expuesto, es urgente que el legislador actúe para regular este tipo de relaciones de familias conformadas por los supuestos antes descritos, tomando en cuenta lo que más beneficie a los menores, a la pareja, pero en general a la familia conformada.

La falta de regulación de la hipótesis en comento, es aprovechado por el padre o madre biológicos que no viven con los hijos y que, únicamente, pasan los fines de semana o vacaciones con ellos, ejerciendo la patria potestad y convivencia, con más derechos que obligaciones e inclusive, trata de alienar a los hijos poniéndolos en contraposición a sus padres equiparados, que en ocasiones, no se ve su actuar, pero que sucede, cuando por ejemplo, alguno de los menores enferma o sufre algún accidente y no se localiza al padre biológico, el que actúa de inmediato es el padre o madre equiparado, disponiendo de tiempo, dinero y esfuerzo y lo peor, es que por lo general, cuando el padre biológico se entera de la actuación del padre equiparado, critica su actuar aduciendo que no es su obligación ni responsabilidad, y de ser posible, demanda al padre equiparado y hasta a la ex cónyuge por tal conducta sin importar, el beneficio que pudo obtener el infante.

En atención a la necesidad real y práctica que se vive, el legislador, debe tomar en cuenta lo citado para que, de ser posible, se confieran más derechos que obligaciones a los padres y madres equiparados para que de esta forma, se eduque mejor a los menores que conviven con ellos, pudiendo ejercer correcciones disciplinarias sobre los mismos.

Lo anterior, se propone en atención a que cuando los hijos de la pareja con la que se vive no son propios pero que se convive con ellos, y estos necesitan algo el padre o madre equiparados, tiene la obligación de llevarlo por lo menos al médico, también llevarlo a la escuela, ayudarlo en sus tareas, cooperar para su

manutención y en ocasiones, el menor se muestra indiferente a tales atenciones e inclusive, amenaza a ambos con irse con su verdadero padre o madre, para que de esta manera, ejerza chantaje moral sobre su padre o madre equiparada. La solución a tal problemática, es que se regule la maternidad y paternidad equiparadas en un primer término y de acuerdo al lugar en que vivimos, lo ideal sería que esta regulación se planteara en primer lugar en el Código Civil para el Distrito Federal, para después en caso de ser posible, se propusiera en las distintas legislaciones de los Estados de la República Mexicana, porque en todo el país son frecuentes y cotidianas este tipo de relaciones que conforman a las nuevas familias; ¡tus hijos, mis hijos y los nuestros!.

2. Qué solución dan las parejas en las uniones de hecho y de derecho ante este problema.

En el siglo pasado, de acuerdo a nuestra tradición jurídica, cultural y social, en muchos estados de la República, incluyendo al Distrito Federal se creía que sólo las uniones de hecho generaban a los padres o madres equiparadas, en la actualidad, también las uniones de derecho originan tal hipótesis, en donde en su mayoría debido a la poca orientación de los nuevos cónyuges y concubinos creen que se pueden echar a costas obligaciones que no son propias, pero con el tiempo les provocan dificultades, originando rencor o malos tratos hacia los hijos de la pareja, que no son propios y por consiguiente mayor preferencia con los propios, que a su vez, estos manejan al padre en coordinación con la madre biológica.

Consideramos que si en las uniones de hecho o de derecho, existe mayor convivencia con los hijos que no son propios o derivan de paternidad o maternidad equiparadas, justo es, que se especifiquen derechos y obligaciones similares al menos en lo que a convivencia, educación y correcciones disciplinarias se refiere, máxime si se comprueba que el padre o madre equiparada aporta dinero o su tiempo en el cuidado de los menores, con los cuales no se tiene por derecho, obligación alguna.

El artículo 4^o constitucional establece en su octavo párrafo, parte media, que:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas a la niñez”.

De la lectura del artículo y párrafo constitucional se concluye que la alimentación, es un derecho humano y garantía individual de la que gozan todos los menores; por lo cual, es responsabilidad de toda autoridad, promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los infantes, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establecer una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los menores para que éstos logren su desarrollo físico y mental,

preferentemente por los obligados o en su defecto, por el que voluntariamente lo haga.

El deber de proteger y promover a los hijos, corresponde a los ascendientes; así se expresa en el artículo constitucional citado, éstos son los principales obligados como padres biológicos y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad. Subsidiariamente las instituciones públicas deben brindar apoyo necesario para la promoción y protección de los menores, y auxiliar a los padres en su deber de tales, sin embargo, no es menos cierto que ante la imposibilidad física o por abandono del obligado, exista otra persona que preste los alimentos, así como otras obligaciones que corresponden al padre o madre biológicos, deberá analizarse la propuesta que planteamos, no para quitar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre ausentes, sino para buscar lo que más beneficie al menor, dotando en un inicio, temporalmente al padre o madre sustituto de derechos en la educación del menor.

Manuel Chávez Asencio, con relación al tema que nos ocupa precisa: “El bien de los hijos es el principio que regula toda la filiación. Nuestra legislación nos previene que el *bonum filii* debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc.”⁷⁰

La protección que actualmente la ley garantiza es igual para nacidos dentro o fuera de matrimonio y también para aquellos que no tienen relación biológica,

⁷⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. cit. p. 136.

como en el caso de la adopción, es decir, la ley ya no distingue ni discrimina a los hijos por el origen de su nacimiento.

“El interés superior del niño está reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de junio de 1989, y aprobada por México por el Senado el 19 de junio de 1990, (D.O. 31-VII-90) lo que constituye Ley Suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional.

En ellas expresa que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Art. 3).”⁷¹

A nuestro juicio el interés superior del menor y la protección a la familia, es de orden público y de interés social en el Código Civil para el Distrito Federal, de tal manera que en caso de conflicto o cuando se pueda afectar al niño o a la familia, priva el interés superior de ellos sobre otros derechos.

Por lo expuesto, en las uniones citadas, donde se conviva con hijos propios, ya sean sólo de alguno de los cónyuges o concubinos, y por consiguiente, con hijos de ambos debe prevalecer una legislación que recoja y contemple dichas hipótesis en el entendido de que los hijos, no deben discriminarse como se hacía

⁷¹ Ibidem. p. 137.

en códigos anteriores, pero sí, debe existir una legislación que contemple los derechos y obligaciones tanto de los hijos como la de los padres equiparados.

Desafortunadamente, la adopción simple, vigente todavía en algunos códigos de la República Mexicana, trae efectos limitados. Esta institución sólo produce efectos entre adoptante y adoptado, los derechos y obligaciones con los parientes naturales subsisten, a diferencia de la adopción plena que incorpora al adoptado con la familia del adoptante y se extinguen los lazos con la familia de origen. Como se observa, la adopción simple genera una situación especial. Al vincular sólo al adoptado con él, o a los adoptantes, y persistir las relaciones con la familia de origen excepto la patria potestad que se trasfiere al adoptante. Afortunadamente, el Código Civil para el Distrito Federal, eliminó la adopción simple y solo subsiste la plena.

Nuestra legislación, no ha podido escaparse del problema que generan los hijos habidos antes del matrimonio. De hecho y jurídicamente, es difícil que éstos puedan convivir en la familia originada por el matrimonio. Un cónyuge puede reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir al domicilio conyugal, si no es con la anuencia expresa de éste (Art.372 C.C.). Este mismo principio debe aplicarse durante la vida matrimonial. Esta disposición legal impide al hijo vivir dentro de la familia generada por el vínculo matrimonial, lo cual es explicable debido a la situación anómala, pero evidentemente hace que los afectos en relación a este hijo no sean plenos, pues aún cuando se reconoce el estado de

hijo, no se acepta dentro de la familia sin el consentimiento o anuencia expresa del otro cónyuge.

Los artículos 374 y 385 del Código Civil para el Distrito Federal señalan situaciones especiales. El primero trata de un posible adulterio de la mujer casada, al negar que pueda ser reconocido por otro hombre distinto del marido, a menos que éste lo haya desconocido. El segundo impide la investigación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada, salvo que la maternidad se deduce de una sentencia civil o criminal (386 del Código Civil para el Distrito Federal).

Estas situaciones presentan problemas de convivencia del hijo con su padre o madre biológicos así como con los equiparados. Como podemos ver, es difícil, más no imposible, que en las uniones de hecho o de derecho los padres equiparados, den un trato igual a los hijos que no son propios de los que sí lo son, y por lógica para bien del menor, y quizás en perjuicio del padre o madre biológicos, deben regularse adecuadamente.

3. Criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

Con la idea de demostrar que el interés superior del menor, debe prevalecer por cualesquiera a otro derecho, será importante citar lo que ha emitido La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“DEBE PREVALECER EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor sino que se atienda al beneficio directo de la infancia, el Juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4º constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3º, 7º, 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales valen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.”⁷²

De la jurisprudencia se deduce que, debe prevalecer el interés superior de niñas y niños para conceder el ejercicio de la patria potestad a alguno de los padres biológicos e inclusive, de aquellos que tengan mayor poder económico, se deberá estar a favor de la persona que garantice mayores beneficios para el desarrollo educativo, cultural, físico y alimenticio del menor, pudiendo ser tomado en cuenta, el padre o madre equiparados siempre y cuando, éste haya acreditado a criterio del juez y tomando en cuenta la declaración del menor y de la pareja correspondiente, que es apto para el cuidado temporal del menor en lo que se

⁷² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo Directo 613/99 María Dolores Duarte Rojas 4 de septiembre, México, 2000, p 783.

resuelve la situación jurídica y obligacional del padre biológico o que a este, se le haya condenado mediante sentencia judicial a pérdida de la patria potestad por las causas que el código civil establece para tal efecto.

Lo anterior, se daría en el supuesto de que el padre o madre equiparados, tuviera la voluntad e intención de hacerse cargo de la alimentación, cuidado y vigilancia del menor ante la desatención notoria en cumplimiento de las obligaciones del padre biológico, con excepción de las permitidas de la ley.

Sin embargo, existen criterios jurisprudenciales encontrados respecto a la temática planteada como se deriva del siguiente criterio.

“PATRIA POTESTAD. EL ABANDONO DEL MENOR DESDE SU NACIMIENTO POR PARTE DEL PADRE, NO CONSTITUYE PRUEBA EFICAZ, PARA QUE PROCEDA SU PÉRDIDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). 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 por ello, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen, deben ser consideradas 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 tanto en los hijos como en los padres. El artículo 426, fracción III, del Código Civil para el Estado de México, dispone: “La patria potestad se pierde: III. Cuando por las costumbres depravadas de sus padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.” De su lectura se desprende que la

intención del legislador no fue simplemente sancionar con la pérdida de la patria potestad a la mera infracción de los deberes a cargo del padre, sino únicamente cuando tal incumplimiento trascienda, por las circunstancias particulares en que se produzca, a la integridad física o moral de los hijos, cuando por tal infracción pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; máxime que el código sustantivo, en muchos casos, prevé los medios para obligar al cumplimiento de los deberes contenidos en la patria potestad, lo cual demuestra que la finalidad de la norma no es, en sí misma, represiva, sino que tiende, por vía de la prevención, a conservar la integridad física y moral de los hijos. Así, el hecho de que la concepción y el nacimiento de un menor que se haya dado fuera de matrimonio, no trae consigo la inexistencia de la familia dado que la madre y su hijo, juntos la constituyen, porque la familia es una realidad natural, y en su concepto amplio, llamamos familia a las personas que descienden unos de otros o que tienen un origen común, al margen del matrimonio; por lo cual, el abandono de un niño desde su nacimiento, por parte del padre, no es prueba eficaz, por sí misma, para que proceda la sanción pretendida, si no existe en autos ningún elemento que permita sostener fundadamente que pudo comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del menor, y tampoco puede considerarse que la conducta del padre sea ejemplo que pueda dañar al menor en su moralidad, por el incumplimiento y la desatención de sus obligaciones paternas, pues si el menor vive con la madre, la moralidad, los principios y la educación habrá de recibirlos de ella, de modo que dichos valores no dependen necesariamente de su progenitor o de los recursos que él pudiera proporcionarle, sino de la educación integral que la madre le dé. Consecuentemente, el abandono de un menor por parte de su padre y el ejemplo de éste con esa actitud, no constituye prueba eficaz para demostrar la causal referida, si en autos no existe medio probatorio que permita estimar que pudo comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad del menor.”⁷³

⁷³ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Segunda Sala, Tomo LIII, Marzo-Abril, México, 2003, p 314.

De la jurisprudencia citada, se infiere que existe una protección desmedida del legislador para salvaguardar la patria potestad del progenitor, no así del o los que hayan sustituido su lugar al proporcionar alimentos o asistir en todos los aspectos al menor abandonado. A *contrario sensu* la Corte, casi establece en esta jurisprudencia que si la madre no transmitió buenos valores y principios ésta puede perder la patria potestad, consideramos que con la reforma que planteamos en lo adelante a los artículos respectivos se tendrán que valorar nuevas cuestiones respecto a la pérdida y obtención de la patria potestad.

Afortunadamente, existe otro criterio que contrapone a la tesis anterior, razón por la cual a continuación la cito.

“PATRIA POTESTAD SE PIERDE POR EL INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. Una recta interpretación del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, en su texto reformado y adicionado en virtud del decreto publicado en la Gaceta Oficial de esta entidad, de 25 de mayo del año dos mil, es en el sentido de que la patria potestad se pierde, entre otras hipótesis, por el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria, sin que se sujete esa sanción a que la conducta de quien la ejerce haya sido previamente condenado mediante sentencia firme a un reconocimiento de incumplimiento de pago de alimentos, sino que, de acuerdo al espíritu del legislador, basta que la conducta del progenitor denote una actitud de abandono y desprotección de su hijo, con motivo del incumplimiento reiterado de la obligación, para concluir que se actualiza la hipótesis de la fracción IV del precepto legal señalado, toda vez que la obligación de que se trata debe ser cumplida sin necesidad de requerimiento de ninguna índole, pues participa de la característica de irrenunciable, dado que con dicha norma se procura y pretende proteger el

bienestar del menor que se encuentre en esa situación, y para quien incumple ese supuesto, la sanción es la pérdida de la patria potestad.”⁷⁴

Esta Tesis aunque aislada, confirma lo que señalo, ya que el sólo incumplimiento de manera reiterada de la obligación alimentaria por parte del progenitor bastará para que éste pierda la patria potestad. Se debe agregar a ésta jurisprudencia, que la ejercerá aquél que haya cumplido de manera voluntaria con la misma, siempre y cuando, mediante los estudios periciales correspondientes, el juzgador de lo Familiar lo considere apto y además lo haya hecho como si éste fuera el verdadero progenitor. Aquí, es conveniente señalar que en atención de resguardar lo que más convenga al interés del menor, así como su adecuado desarrollo psicoemocional, pertinente será, puntualizar que el padre o madre equiparados, deberán haber solicitado previamente y convivido con el menor, por lo menos seis años.

El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días sin causa justificada da lugar a que se pierda la patria potestad en términos de la fracción IV del artículo 444 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal. Ahora bien, debe estimarse que existe un incumplimiento con la obligación de proporcionar alimentos en forma reiterada cuando el obligado, no obstante que debe cumplir con el pago de la pensión alimenticia mediante la entrega de una cantidad que se obligó a proporcionar a favor de su acreedor alimentista mensualmente, se

⁷⁴ Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVII, Registro 184, 067, Tesis aislada, Materia(s) Civil, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Junio, México, 2003, p 1037.

abstiene de hacerlo consecutivamente sin causa justificada, sin que al efecto sea necesario como requisito de procedencia de dicha causal el que se demuestre o se precise la causa por la cual el incumplimiento del demandado haya comprometido la integridad física, la salud y la seguridad del menor, en virtud de que dicha fracción únicamente establece como requisito para que proceda la pérdida de la patria potestad en contra del progenitor respecto del menor, que se acredite que el incumplimiento haya sido reiterado. Es urgente que el legislador, tome cartas en el asunto para beneficio de los menores, legisle a favor de éstos pero más que nada, regule las relaciones de hecho y de derecho donde convivan nuevas formas de constituir a las familias, como es el caso de la familia conformada donde cada una de las partes lleva a sus propios hijos y a la vez, procrean otro u otros.

De lo invocado se deduce que tanto para los que abandonan el ejercicio de la patria potestad como aquellos que la ejercen de hecho, deben tener los primeros una sanción y los segundos una regulación clara y concreta al respecto.

4. Derechos y obligaciones para los padres equiparados y los menores.

En atención a la propuesta planteada, y ante la omisión del legislador por regular la paternidad y maternidad equiparadas, es urgente que se dé solución práctica para este tipo de familias conformadas, para determinar sus límites, tipo

de parentesco, impedimentos entre estos; pero sobre todo los derechos y obligaciones que deben observarse.

Este planteamiento sin lugar a dudas, despertará, las más encontradas replicas del jurado que en su momento me examinará porque, aparentemente es una espada de doble filo ya que nadie en su sano juicio quiera echarse una responsabilidad que de derecho no le corresponde, pero también es cierto que en aras del amor, el ser humano se torna dadivoso y protector de causas ajenas. Ante esta perspectiva, consideramos que si el padre o madre equiparados quieren fungir como tales, se les debe asignar una obligación de hecho y de derecho, que los responsabilice en el cuidado y convivencia con los menores, cuando aquellos, debido a sus actitudes y manera reiterada de proporcionar alimentos y demás circunstancias que acrediten el interés del padre o madre equiparados, para convivir y responsabilizarse del cuidado del menor, se les concedan derechos y se les atribuyan determinadas obligaciones para con los menores, siempre y cuando las circunstancias del caso así lo permitan, de lo contrario, siempre tendrán prioridad para hacerlo los padres de manera directa.

Dentro de los derechos que pueden tener los padres y madres equiparados son:

- Solicitar el ejercicio de la patria potestad, previo cumplimiento de los requisitos señalados. Es decir, cuando el padre o madre equiparado ha fungido como padre o madre biológico y, el que tiene la obligación se

haya olvidado por completo de sus obligaciones por el período de un año sin causa justificada el padre o madre equiparado podrá solicitar ante el Juez de lo Familiar el cuidado y convivencia legal del menor, con posibilidad de ejercer la patria potestad previa aprobación del Juez de lo Familiar.

- Una vez concedido lo anterior, el padre o madre equiparados tendrán los siguientes derechos:
 - a) Representar a los menores en juicio.
 - b) Administrar los bienes durante la minoría de edad de los sujetos a patria potestad.
 - c) Aplicar con mesura correcciones disciplinarias a los menores de edad.
 - d) Tener y conservar la custodia de los menores.
 - e) Educarlo mutuamente.
 - f) A ser respetados por los menores.

Será conveniente que se adicione lo referido a la patria potestad para incluir en ésta al padre y madre equiparados, para que de esta forma sus obligaciones queden contempladas de la siguiente manera:

- Alimentarlos.
- Darles educación.
- Quererlos.
- Darles su apellido si los menores al cumplir 18 años así lo quieran.

Lo anterior, es con el propósito que los padres equiparados tengan derechos y responsabilidades, sobre el o los menores que conviven diariamente con ellos. Los derechos y obligaciones de los menores para con los padres equiparados, serán los mismos que se deriven de los hijos de matrimonio, siempre y cuando, a través de una sentencia ejecutoriada así se declare, incluyendo la reciprocidad alimenticia.

5. Solución de la sustentante a la problemática planteada.

La maternidad y paternidad equiparadas, no están reguladas en lo que a convivencia se refiere cuando, la mayor de las veces conviven más los padres equiparados con el menor que el verdadero progenitor e incluso realizan actos que deducen que los padrastros o madrastras son o pueden ser los padres, es decir, tienen más obligaciones que los padres biológicos, cuando estos no conviven diariamente con el menor, o hacen caso omiso de sus obligaciones principales.

Consideramos que este problema está vigente, por lo tanto, proponemos una solución idónea para equilibrar los intereses de los que en esta relación participan, regulando la paternidad y maternidad equiparadas en el Código Civil para el Distrito Federal, donde se señalen los derechos y obligaciones del padre o madre equiparados y de los menores con los cuales conviven, para estar en armonía sin que uno invada la esfera jurídica del otro y más aún, que no se les resten derechos y obligaciones a los padres biológicos o legales, cuando éstos no hayan dado motivo legal suficiente para la restricción, pérdida o suspensión de la patria potestad.

En estos términos, consideramos pertinente, modificar los artículos 414 y 414-Bis del Código Civil del Distrito Federal, para solucionar la problemática planteada. Los numerales señalados establecen:

“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 previa 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, al tomar en cuenta las circunstancias del caso.”⁷⁵

Con relación al artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal una vez adicionado, quedará así:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por sentencia judicial o por cualesquiera otra circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro o al padre o madre equiparado, cuando éste así lo haya solicitado, previa aprobación del Juez de lo Familiar y de los exámenes periciales correspondientes, lo anterior será procedente cuando no existan ninguno de los ascendientes en segundo grado o existiendo, no estén en posibilidad de ejercerla.”

⁷⁵ Idem.

Como puede observarse, el artículo citado, da preferencia a los padres y ascendientes en segundo grado en el ejercicio de la patria potestad, situación que estamos de acuerdo pero también, consideramos pertinente que cuando los obligados a ejercer tal derecho, no lo ejerzan a excepción de lo permitido por la ley, y previa aprobación del Juez de lo Familiar, de los exámenes periciales, y cumpliendo con los requisitos señalados con antelación, el padre o madre equiparados, podrán solicitar, el ejercicio de tal derecho.

Lo anterior, no es con el propósito de eliminar del ejercicio de la patria potestad a los que tienen preferencia en tal acto; simplemente, tratamos de regular la convivencia de los menores y de los padres equiparados, siempre y cuando, esta acción favorezca al menor.

Para complementar lo expuesto, será pertinente que se modifique el artículo 414-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, que actualmente establece lo siguiente.

“ARTICULO 414-Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.”

El artículo 414-Bis, una vez modificado, deberá quedar así:

“ARTICULO 414-Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará **y tomará en cuenta lo que establece el artículo anterior** en los casos de **pérdida, limitación o** suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas”

La interpretación a contrario sensu de este artículo, nos da la pauta o razón de la tesis que estamos sosteniendo, es decir, si no se cumple lo estipulado en las fracciones señaladas, se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza con excepción del que labore jornadas extensas e inclusive el numeral

citado, prevé la valoración del juez para determinar la suspensión de la patria potestad, el régimen de convivencias, la guarda y custodia provisional o definitiva.

Aquí lo importante, será preguntarnos con base al interés superior del menor y del interés moral y jurídico del padre o la madre biológicos, ¿Qué sanción merecen aquellos que tienen un derecho-obligación y no la ejercen contra aquellos que sin tener el derecho ni la obligación, realizan la segunda sin la intención de ganarse un derecho que no les corresponde?. La respuesta lógica del padre o la madre desobligados, sería, yo no se lo pedí, e inclusive hasta para algunos juristas, la respuesta, sería que los que se preocuparon por convivir y cuidar del menor, sin estar obligados a realizarlo no tienen ningún derecho a favor, mientras no sea el pago de los gastos realizados en la manutención. Precisamente, aquí le toca actuar al derecho, y a los juzgadores.

Con la adición a los artículos anteriores, se pretende regular de manera específica la figura del padre o madre equiparados según sea el caso, porque éstos son una realidad que desafortunadamente no regula nuestro Código Civil para el Distrito Federal, pero que está latente y vigente en nuestra vida diaria, social y jurídica. Con esto se pretende proteger a las partes que intervienen en este tipo de convivencia familiar, obviamente proteger más a los menores.

Ahora bien, si la familia es la célula primordial de la sociedad y el lugar ideal donde se debe inculcar al ser humano y al infante, los principales valores morales que éste debe observar durante toda su vida y en atención a que el derecho es

guardián del orden jurídico y de las relaciones del ser humano en la sociedad, justo es, que a la familia se le proteja de manera adecuada y que las relaciones de hecho y de derecho que ésta genera, estén debidamente reglamentadas.

De lograrse lo anterior, la sociedad y familia en general serán las más beneficiadas, en atención a que en el seno de ésta, es donde el ser humano adquiere los más altos valores para el desarrollo de su vida, por ello deben regularse la paternidad y maternidad equiparadas, para dar certeza jurídica a las partes que conviven en este tipo de familias conformadas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La patria potestad es un derecho atribuido a los padres para dar cumplimiento puntual al deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados.

SEGUNDA. El ejercicio de la patria potestad, debe siempre ser a favor del hijo, tal potestad, no se ha creado en razón de las personas que la tienen, sino que el ordenamiento jurídico, al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes, de los hijos y la administración de los haberes de éstos.

TERCERA. Las uniones de hecho y de derecho, son donde convergen las relaciones entre parejas que de manera individual llevan a sus hijos. Aquí, se da la figura del padre o madre equiparado (padraastro o madrastra), sin que hasta el momento, se regulen sus derechos y obligaciones, con los menores que no son sus hijos.

CUARTA. Actualmente, el esquema tradicional de parejas casadas o en concubinato, que conciben a la familia como: madre-padre-hijos, se ve sustituido por el de madre soltera, divorciada, abandonada con hijos u otras situaciones, en las que hay ausencia de uno o incluso de ambos padres o con la nueva forma de familias entre personas del mismo sexo, razón por la cual debe regularse la figura

de padre o madre equiparados, (padraastro o madrastra), que conviven con los menores.

QUINTA. La paternidad y maternidad equiparada, es aquella que resulta de la unión de hecho o de derecho donde cada una de las partes lleva consigo a sus hijos, generándose el padre o madre equiparado, donde cualquiera de estos sin pedirlo tendrá que cumplir algunas obligaciones con los hijos o hijas del otro sin que ejerza sobre el infante, algún derecho que compense los cuidados o atención, que éste o ésta tiene con el menor.

SEXTA. De acuerdo a la tesis planteada, debe partir de la buena fe de los que participan; siempre y cuando, el padre o madre equiparados así lo desee; nunca haya maltratado al menor, medie una solicitud de convivencia con el menor y previamente se haya decretado judicialmente la pérdida de la patria potestad para el que le corresponde.

SÉPTIMA. Cuando quienes tengan el derecho de ejercer la patria potestad no lo hagan, conforme a lo establecido por la ley; o, si no cumple con la obligación de respeto y de proporcionar alimentos y todo lo que esto comprende hacia el menor el padre o madre equiparados; podrán promover tal adjudicación.

OCTAVA. El objetivo de regular los derechos y obligaciones de los menores y de los padres equiparados, con los cuales existe convivencia diaria con mayor frecuencia del padre o madre biológica, será evitar malos tratos hacia los menores

e inclusive, si se dan los requisitos enunciados para los padres equiparados, éstos podrán solicitar dicho ejercicio, previa declaración de pérdida de la patria potestad o acreditar que el titular no la ejerce como debe de ser.

NOVENA. Si se legisla sobre la paternidad o maternidad equiparada deben adicionarse varios ordenamientos que están íntimamente relacionados con nuestro tema, con el propósito de hacerlos acorde con nuestra idea inicial, en donde se especifiquen los derechos y obligaciones de éstos a favor de los menores.

DÉCIMA. Para cumplir con lo planteado, se pretende reformar el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal el cual quedaría redactado de la siguiente manera:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por sentencia judicial o por cualesquiera otra circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro o al padre o madre equiparado, cuando éste así lo haya solicitado, previa aprobación del Juez de lo Familiar y de los exámenes periciales correspondientes, lo anterior será procedente cuando no existan ninguno de los ascendientes en segundo grado o existiendo, no estén en posibilidad de ejercerla.”

DECIMA PRIMERA. De igual forma se reformará el artículo 414-Bis el cual quedará de la siguiente manera:

“ARTICULO 414-Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará **y tomará en cuenta lo que establece el artículo anterior** en los casos de **pérdida, limitación o** suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas”

DECIMA SEGUNDA. Con la reforma a los artículos señalados, se beneficiará de manera general a todos los sectores sociales de la población y por lógica, a los infantes que son los seres más indefensos y más perjudicados. Por esto, el derecho como preventivo del orden social y jurídico debe estar a la vanguardia en todos los actos y acontecimientos donde se vea involucrada la familia, la sociedad y los menores.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, José María. Estudios de Derecho Civil. 2ª edición, Ed. Oxford, México, 2008.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. 2ª edición, Ed. Oxford, México, 2009.

BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. T.II. 6ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. I. Biblioteca Clásicos del Derecho. 2ª edición, Ed. Harla, Traducción y compilación, Enrique Figueroa Alfonzo, México, 2001.

BUERES, Alberto J. y Elena I. Highton. Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. T.I. 2ª edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 1993.

BUSSO, Eduardo. Código Civil Anotado. T.II. 3ª edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, República de Argentina, 1970.

CASTELAIN-MEUNIER, Christine. Padres, Madres, Hijos, 2ª edición, Traducción de Eliane Cazanave Tapie, Ed. Siglo XXI, México, 2008,

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno-Filiales. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 2005.

DE BUEN LOZANO, Néstor. Las Tendencias Modernas en el Derecho de Familia. Conferencia en la Facultad de Derecho. UNAM, México, 1987.

DE SAHAGÚN, Bernardino. Historia General de los Casos de Nueva España. T.III. 3ª edición, Ed. Porrúa, México, 2000.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2008.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 10ª edición, Ed. Esfinge, México, 1990.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 20ª edición, Ed. Porrúa, México, 2000.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Curso Histórico Exegético del Derecho Romano. T.I. 3ª edición, Ed. Bosch, Madrid, España, 2005.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª edición, Ed. UNACH, México, 1988.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del Año 2000. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 1ª edición, 2º Volumen, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992.

HOSTES, Kempe. El Maltrato de Padres a Hijos y sus Similitudes Reales. 3ª edición, Ed. EJE, México, 2001.

KOHLER, Josef. El Derecho de los Aztecas. 2ª edición, Ed. Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. 2ª edición, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 2008.

MARCOVICH, Jaime. El Maltrato de los Hijos. 2ª edición, Ed. Edicol, México, 2001

MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. Derecho Romano. 4ª edición, Ed. Oxford, México, 2008.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 2ª edición, Ed. Panorama, México, 1985.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de los Padres y de los Hijos. 2ª edición, Ed. Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, México, 2003.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil. Vol. 8, 2ª edición, Ed. Harla, Biblioteca Clásicos del Derecho, Traducción de Leonel Péreznieto Castro, México, 2000.

POULTER, Stephen B. El Factor Padre. Como el Legado Paterno Impacta en tu Vida Profesional, 2ª edición, Traducción de Adriana de la Torre Fernández, Ed. Planeta, México, 2007,

VALENZUELA REYES, María Delgadina. Maternidad y Paternidad Irresponsable, 3ª edición, Ed. Pac, México, 2008,

VELEZ ORDOÑEZ, Roberto. El Maltrato del Menor. 2ª edición, Ed. Diana, México, 2010.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Ed. Sista, México, 2012.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Ed. Sista, México, 2012.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Ed. Sista, México, 2012.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española. 2ª edición, Ed. Salvat, México, 2003.

OTRAS FUENTES

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. 2ª edición, Ed. C.N.D.H., México, 2005.

Entrevista realizada a madres solteras del Distrito Federal con fecha del 24 de Agosto de 2012 a fuera de los Juzgados Familiares de la Ciudad de México.

Libro I. Título IX. Números 2 y 3 edición, Biblingüe con su nota previa sobre Justiniano y las Instituciones por M. Ortolán. Ed. Omeba. Traducción de Francisco Pérez Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires, República de Argentina, 1990.

Semanario Judicial de la Federación. T.VII. Novena Época, Tesis XXXII/98, México, Abril de 1998.

Semanario Judicial de la Federación. T.IV. Registro 326. Vol. I. Novena Época, México, 1917-2000.

Semanario Judicial de la Federación. Novena Época Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo Directo 613/99 María Dolores Duarte Rojas 4 de septiembre, México, 2000,

Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Segunda Sala, Tomo LIII, Marzo-Abril, México, 2003,

Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVII, Registro 184, 067, Tesis aislada, Materia(s) Civil, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Junio, México, 2003,