

LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD

Jesús Saldaña Pérez



I. INTRODUCCIÓN

La patria potestad es una institución jurídica de alto contenido social, tiene su origen en la procreación, surge por imperio de la ley, no por voluntad de las partes, es de orden público y tiene por objeto la protección de la persona y bienes de los hijos durante su minoridad.

Esta institución aparece como consecuencia de la necesidad natural de protección que requiere todo ser humano mientras es menor de edad, pues por razón natural los menores carecen de la madurez necesaria para sobrevivir y valerse por sí mismos, además a corta edad toda persona resulta altamente vulnerable, no solo al medio ambiente, sino también al abuso y maltrato de los mayores, es por ello que siempre necesita de una adecuada protección, tanto de su persona como de sus bienes, tampoco puede realizar actos jurídicos por sí mismo, por lo que también necesita de alguien que lo represente, es una institución de gran importancia, por ello confiere derechos y obligaciones irrenunciables, su regulación y su ejercicio no está condicionado a la voluntad de las partes, lo impone el legislador de manera forzosa, en primer lugar a los padres, a falta o por imposibilidad de los padres recae su ejercicio de manera subsidiaria en los abuelos, su desempeño es importante no solo para la sobrevivencia del menor, sino para brindarle una adecuada e integral protección.

La patria potestad es una institución encaminada a proteger los derechos de los hijos menores, quienes por naturaleza se encuentran más vulnerables y requieren del cuidado y atenciones de sus progenitores, necesitan ser alimentados, educados, guiados y representados por sus padres.

Hoy en día entendemos la patria potestad como un conjunto de facultades, derechos y obligaciones que existen entre los progenitores y sus descendientes menores de edad, tiene por objeto la educación, asistencia y protección de la persona y bienes.

El derecho moderno está muy distanciado de la *patria potestas* del Derecho Romano, se conserva la autoridad de los padres sobre los hijos menores, pero esta autoridad está limitada para evitar maltratos y abusos, actualmente implica derechos, pero también obligaciones y ha de ser entendida como una función encomendada a los padres en beneficio de los hijos, dirigida a la protección, educación, formación y desarrollo de éstos.

II. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

La procreación constituye un hecho biológico que determina relaciones jurídicas familiares, especialmente da lugar a la filiación y a la patria potestad, esta última implica una serie de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos, asistencia, protección, alimentación, obligaciones de crianza y representación jurídica, todo mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, este complejo de derechos y obligaciones recibe la denominación tradicional de patria potestad, la cual es una institución jurídica fundamental para el bienestar de los menores.

Para D' Antonio la patria potestad es "la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos".¹

Ruggiero sostiene que la patria potestad es una institución jurídica, y más que una potestad o un derecho en interés de quien la ejerce, tiene una función protectora de los hijos menores de edad, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y la salvaguarda de sus bienes materiales y morales, y resulta una carga impuesta a quien debe ejercerla. Al efecto señala:

Hay deberes como los de mutuo afecto, reverencia, asistencia que son mas que jurídicos morales, que obedecen a los dictados de la conciencia y del sentimiento y son acogidos, no creados por la ley, algunos son tan esencialmente éticos, que la ley, al traducirlos a preceptos jurídicos, no consigue hacerlos coercibles. Tal por ejemplo el deber que incumbe al hijo de honrar y respetar a los padres.²

Planiol define la patria potestad como "el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de

¹ D'ANTONIO Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 165.

² RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, España, 1931, p. 890.

sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.³

Según Borda, es un “complejo indisoluble de deberes y derechos. Se le legisla teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad”.⁴

III. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano, la *Patria Potestas*, era un poder que duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, un poder disciplinario que tenía el padre o el abuelo casi ilimitado sobre el hijo, hasta podía matarlo, aunque en caso de llegar a tal extremo sin causa justificada, se exponía a sanciones por parte de las autoridades.

Quien puede lo más puede lo menos. —Señala Floris Margadant— Si el padre pudo por mucho tiempo matar al hijo, a fortiori pudo venderlo o exponerlo. La venta está todavía permitida por Justiniano siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera. La exposición es objeto de una amplia y variada legislación durante el Bajo Imperio, y, finalmente tratada como un crimen, equiparable al homicidio. Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de castigar.⁵

Originalmente el hijo no podía ser titular de bienes propios, señala Margadant, que todo lo que el hijo adquiría entraba directamente al patrimonio del *paterfamilias*, posteriormente, con Augusto emperador, sigue diciendo el autor, se permite que el hijo adquiera bienes ganados por su actividad militar, que era el *peculio castrense*, con Constantino se añade a este privilegio un derecho parecido con el *peculio quasi-castrense*, el hijo podía adquirir bienes por el desempeño de otra actividad, sin embargo, el *paterfamilias* tenía derecho a recibir los frutos de los bienes de sus hijos y el padre no tenía obligación de garantizar su manejo, siendo un usufructuario privilegiado. El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales y de los delitos cometidos por los hijos, pero podía recurrir al *abandono noxal*, entregando al hijo culpable para que pagara su culpa con trabajo. La patria potestad fue un poder que el *paterfamilias* tenía sobre los hijos, sin

³ PLANIOL, Marcel, *Derecho Civil, Biblioteca Clásicos del Derecho*, vol. 8, p. 255, México, 1997.

⁴ BORDA *Tratado de Derecho Civil Familia*, t. II, 8a. ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 459.

⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, Editorial Esfinge, México, 2001, p. 200.

embargo, con el paso del tiempo, poco a poco se fueron concediendo derechos a los hijos y con Marco Aurelio, se reconoce la existencia en la relación padre e hijo de un recíproco derecho de alimentos.

El derecho moderno quedó muy distanciado de la *patria potestas* del Derecho Romano, se conserva la autoridad de los padres sobre los hijos menores, pero esta autoridad está limitada para evitar maltratos y abusos, actualmente implica derechos pero también obligaciones, no es vitalicia, pues no dura toda la vida del padre como lo era en el derecho romano, sino que termina cuando el hijo cumple los dieciocho años o se emancipa, también puede perderse por sentencia judicial.

IV. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS NIÑOS

El análisis de la patria potestad requiere partir de dos ideas fundamentales, la protección del menor y su plena subjetividad jurídica, pues por un lado el menor está necesitado de una especial protección por ser fácilmente vulnerable y por otro lado es una persona titular de derechos. Cada vez hay una mayor intervención del Estado en beneficio y protección de los menores, pues resulta un mandato constitucional velar por su protección, y resultan de mayor relevancia los derechos de los hijos que los derechos de los padres, pues los menores son un sector de la sociedad vulnerable que requiere de una adecuada protección.

Domínguez Martínez hace una reflexión muy acertada respecto a la vulnerabilidad en que se encuentran los niños, colocándolos en una situación jurídica que requiere especial atención de los legisladores e impartidores de justicia, refiere textualmente:

Todos los niños y cuanto más pequeños son, están en condiciones de indefensión desde cualquier ángulo de observación, inocencia, falta de conocimientos, debilidad física comparada con los mayores, confianza, manuableidad, influenciabilidad, etcétera, son las características constantes de los primeros años de edad, su madurez mental es mínima...no se bastan ellos mismos...su debilidad física los hace llegar a ser víctimas de malos tratos, de explotaciones, de abusos en general y particularmente sexual, de pornografía infantil, de prostitución, de pederastia, y en general, de todo aquello motivado por la fuerza física y la prepotencia e impunidad de los mayores...no tienen a su alcance medir los riesgos, los peligros ni en general las consecuencias de sus conductas.⁶

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil Familia*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011, p. 601.

Los niños tienen una necesidad natural de ser atendidos y protegidos por los adultos, un niño no puede cubrir sus necesidades alimenticias y educativas, tampoco puede tomar decisiones para disponer libremente de su persona y de sus bienes, la fracción primera del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal señala que los menores tienen incapacidad natural y legal, esto significa que el menor no puede realizar actos jurídicos válidos, salvo las pocas excepciones que dispone la ley, por ejemplo, a los doce años puede dar su consentimiento para ser adoptado, a los dieciséis puede otorgar testamento, y sin que la ley señale una edad mínima, el menor puede administrar los bienes adquiridos por su trabajo, luego entonces, si el Código Civil dispone algunas excepciones en las que el menor puede realizar actos jurídicos, en todo lo no previsto como excepción, se aplica la regla general de incapacidad jurídica y el menor requiere forzosamente la intervención de un adulto para suplir su incapacidad de ejercicio, al respecto Domínguez Martínez explica: “lo no previsto como excepción, le estará impedido otorgarlo al menor de edad, por serle aplicable la regla general de su incapacidad de ejercicio y por ende, otros deben realizarlo en su nombre y por su cuenta...”⁷

De tal forma que los menores requieren ser protegidos, educados, alimentados y representados, tales funciones recaen de manera natural en sus progenitores, a falta o por imposibilidad de estos recae en sus abuelos, el conjunto de estas obligaciones hacia el menor y de estos derechos, es precisamente lo que conocemos como patria potestad.

V. INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS

Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho exclusivo del padre, ni mucho menos como un poder disciplinario o de disposición de la persona de los hijos, hemos de abandonar la vieja concepción que se tenía en la antigüedad, actualmente no se ejerce solo por el padre, la ejercen de manera conjunta ambos progenitores, por tanto, ni es “*pater*” ni es “*potestas*”.

Es una institución legal dirigida a la protección de los hijos menores de edad, tiene una función tutelar, es una encomienda, un mandato constitucional que impone a los padres la obligación de velar por el sano desarrollo, educación y formación integral de sus hijos menores, quienes por su minoridad son especialmente vulnerables y requieren de la mayor protección,

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 603.

pero además los niños son sujetos de derechos humanos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el primer tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial, jurídicamente vinculante para el Estado mexicano a este respecto, su promulgación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, este instrumento jurídico incorpora toda una gama de derechos humanos de los niños, los principios fundamentales de dicha Convención son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia, al desarrollo, el respeto a los puntos de vista del niño y su participación en la vida familiar y social. Todos estos derechos previstos en la Convención procuran el desarrollo armónico de los niños, respetando su dignidad humana y buscando en todo momento su bienestar físico y psicológico.

Los países que como México han aceptado y reconocido estos derechos de los niños mediante su ratificación o adhesión, se han obligado a asegurar y proteger los derechos de la infancia, esto resulta de gran importancia porque es bien sabido que los niños son especialmente vulnerables ante el maltrato y el abuso de los mayores, por lo que siempre requieren de una protección y asistencia especiales, en dicha Convención se reconoce que la crianza de los menores recae generalmente en sus progenitores, siendo estos últimos los responsables directos de su sano desarrollo integral, también reconoce que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, es decir, que el núcleo familiar permite al menor convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores, a efecto de forjar lazos afectivos tanto con el padre como con la madre, lo que es determinante para el sano desarrollo de su personalidad.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, se previene entre otras cosas lo siguiente.

(...)

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

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.⁸

⁸ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

El artículo 18 de La Convención establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, textualmente señala:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres.... la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

...los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

El artículo 8 de La Convención determina que el menor tiene derecho a preservar sus relaciones familiares como parte de su identidad, textualmente dispone lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares....”

Por otra parte, nuestra Carta Magna en su artículo cuarto adopta el “interés superior del menor” buscando proteger a éste en todo momento y en toda situación, porque es un sujeto de derechos humanos reconocidos en la Convención, consecuentemente, nuestra Constitución obliga a todos los órganos de gobierno y a todos los poderes públicos a velar por el cumplimiento de estos derechos de los niños, pues se derivan de un tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial en protección de un grupo vulnerable, los niños, y el Estado está obligado a cumplir los pactos internacionales celebrados, coincidimos con Carbonell, quien señala: “Todas las autoridades de todos los niveles de gobierno —señala Carbonell— están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales”.⁹

La protección del menor es un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos.

Ver tesis dictada por la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aislada, Décima Época, Registro 200 2848 rubro “PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS.”

⁹ CARBONELL, Miguel, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, IJ-UNAM-SCJN, p. 67.

En esta tesis, la Suprema Corte señala claramente que la protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos, y que ha de ser entendida como una función encomendada a los padres en beneficio de los hijos, dirigida a su protección, educación, formación y desarrollo.

El artículo cuarto Constitucional literalmente señala:

... En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. 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 dirigidas a la niñez.

Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Luego entonces, los padres, tienen la obligación constitucional de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos humanos de sus hijos y buscar siempre el interés superior del menor.

En este mismo tenor, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 2002814, décima época, reconoce que la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados abstractamente en la ley, cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos y el interés superior del menor se consagra como criterio fundamental orientador, asimismo, señala la Primera Sala de nuestro máximo tribunal que la patria potestad tiene hoy en día un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos.

Ver tesis 200 2814, aislada, Décima época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta pág. 823 dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación rubro “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE LA PATRIA POTESTAD”

Carnelutti señala que potestad es “la facultad de mandar para la tutela de un interés ajeno”¹⁰ criterio muy preciso para la naturaleza jurídica de las relaciones familiares, donde esa facultad o potestad de mando está subordinada precisamente al interés del sujeto pasivo, que en el caso de la patria

¹⁰ Carnelutti citado por PALLARES Eduardo, en *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 366.

potestad es el hijo menor de edad, cuyo interés es su único y exclusivo fundamento.

VI. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el interés superior del menor debe ser el principio rector al momento de elaborar leyes y de tomar cualquier decisión judicial en relación a los menores de edad, por lo que resulta oportuno hacer una breve reflexión de este concepto conforme al Código Civil para el Distrito Federal, que en el artículo 416-*Ter* señala lo siguiente:

Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar entre otros los siguientes aspectos

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos.

IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

La Convención sobre los Derechos del Niño a que hemos hecho referencia reconoce que para el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad del niño, éste requiere crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, el interés superior del menor busca el pleno desarrollo de la personalidad del niño y debe ser la prioridad para la toma de cualquier decisión judicial respecto a los menores.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo cuarto, octavo párrafo la obligación de velar por los derechos de los niños y niñas, siendo el interés superior del menor el criterio rector ante cualquier decisión judicial.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la expresión de interés superior del menor implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos

los órdenes relativos a la vida del niño, definición que fue adoptada de la interpretación que hizo *la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998)* Ver tesis *1a./J. 25/2012 (9a.)*, *Décima Época, Primera Sala, Rubro "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO."*

El menor tiene derecho a convivir de manera plena e ilimitada con sus progenitores para formar un lazo afectivo con ambos, los padres tienen el derecho y la obligación de participar activamente en la vida de los hijos, en su educación y en la toma de decisiones respecto a su desarrollo y formación, por lo que en busca del interés superior del niño, el juzgador debe armonizar los derechos y deberes de ambos progenitores y procurar en la medida de lo posible, que el menor pueda convivir plena e ilimitadamente y forjar vínculos afectivos con ambos progenitores, siempre y cuando ello no implique un riesgo para el menor.

VII. PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Nuestro Código Civil no define la Patria Potestad, se limita a mencionar la forma de ejercer los derechos y obligaciones que confiere, sin proporcionar un concepto claro y preciso, en el capítulo respectivo se mezclan varias figuras, el legislador se refiere a patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y convivencias, interés superior del menor, bienes del menor, asistencia del menor en juicios, e incluso se refiere a la tutela y guarda y custodia de menores con otros parientes, todo ello, seguramente se hizo con el objeto de agrupar los derechos del niño en un mismo capítulo, sin embargo, el resultado es una mezcla de diversas figuras que deberían de tratarse por separado para mayor claridad, en seguida analizaremos brevemente el título octavo del Código Civil, relativo a la Patria Potestad.

El legislador ocupa tres capítulos, el primero se refiere a los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, el segundo de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo y el tercero regula la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad.

VIII. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS

Empieza el legislador señalando que en la relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, y que quienes detentan la patria

potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

El artículo 412 establece que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla, es decir, mientras el menor tenga padres estará bajo la patria potestad de éstos, el artículo 413 del mismo ordenamiento establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos, asimismo, el artículo 414 previene que la patria potestad de los menores se ejerce por los padres, si por alguna circunstancia deja de ejercerla alguno de ellos, corresponde su ejercicio al otro, a falta o por imposibilidad de ambos padres recaerá en los abuelos en el orden que determine el juez de lo familiar.

Anteriormente, en los códigos de 1870 y 1884 el legislador determinaba un orden para ejercer la patria potestad, primero le correspondía al padre, a falta de éste, le correspondía a la madre, en tercer lugar, le correspondía al abuelo paterno, a falta de éste, le correspondía a la abuela paterna, en su ausencia, la patria potestad se ejercía por el abuelo materno y solo en caso de que no lo hubiera, correspondía su ejercicio a la abuela materna.

Actualmente, se ejerce por ambos progenitores de manera conjunta, sin preferencia alguna, en ausencia de alguno de ellos, corresponde al otro su ejercicio y solo en caso de ausencia de ambos, corresponde a los abuelos, paternos o maternos, según determine el juez, atendiendo al interés superior del menor.

El ejercicio de la patria potestad solo corresponde a padres o abuelos de manera separada, nunca de manera conjunta, en ningún caso recae en ningún otro pariente, inexplicablemente el artículo 419 dispone que la patria potestad de los hijos adoptivos la ejercen únicamente las personas que lo hayan adoptado, discriminando así a los abuelos.

El artículo 414 Bis enlista algunas de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad, denominándolas “obligaciones de crianza”, término que nos parece desafortunado, pues según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra “crianza” significa *“la acción y efecto de criar, especialmente las madres o nodrizas mientras dura la lactancia”*, por tanto, el legislador debió utilizar una denominación más adecuada para referirse a las obligaciones de los progenitores hacia sus hijos.

Son obligaciones de crianza, procurar la seguridad física, psicológica y sexual del menor, fomentar hábitos de alimentación, higiene y desarrollo físico, impulsar habilidades de desarrollo escolar e intelectuales, realizar demostraciones afectivas, determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. El legislador intenta sancionar a los

progenitores que incumplan de manera injustificada, permanente y sistemática con estas obligaciones, señalando que el juez de lo familiar valorará la gravedad de este incumplimiento para los casos de suspensión de la patria potestad y determinación de la guarda y custodia provisional, definitiva y régimen de convivencias, igualmente, el legislador aclara que no se considera incumplimiento de estas obligaciones de crianza que los progenitores tengan jornadas extensas de trabajo y señala que es obligatorio darles cumplimiento, independientemente de que los progenitores vivan o no en el mismo domicilio de los hijos, es decir, aunque vivan separados y no tengan a su cargo la guarda y custodia.

El artículo 422 del Código Civil señala que las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia tienen la obligación de educarlo de manera adecuada, asimismo el artículo 423 señala que los que ejercen la patria potestad o custodia de algún menor, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que les sirva de ejemplo, sin que esto implique infligir actos de fuerza o violencia hacia el menor, de hecho, los actos de violencia en contra del menor están prohibidos, tal como lo dispone el artículo 323-Quáter penúltimo párrafo del mismo ordenamiento: "... No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas y niños".

El Artículo 416 del ordenamiento que venimos comentando, señala la forma de ejercer la patria potestad cuando los progenitores viven separados, en estos casos ambos padres conservarán sus obligaciones de crianza y de proporcionar alimentos a sus hijos y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente la guarda y custodia del menor y el régimen de visitas y convivencias, en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, quedando un progenitor al cuidado del hijo y el otro seguirá obligado a colaborar en su alimentación y crianza, conservando el derecho de convivencia con el menor.

El artículo 416-Bis dispone que los hijos tienen derecho a convivir con ambos progenitores, aún cuando no vivan bajo el mismo techo, por lo cual no podrán impedirse las convivencias y relaciones personales del menor con sus progenitores sin justa causa y solo mediante orden judicial este derecho puede ser limitado o suspendido, considerando la gravedad del incumplimiento a las obligaciones de crianza o el peligro para la integridad física, psicológica o sexual del menor, en todo caso, el menor deberá ser escuchado en el procedimiento judicial correspondiente, conforme a su edad.

Este precepto recoge varios derechos fundamentales del menor, los cuales fueron reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, por un lado, el derecho a opinar y a ser escuchado en toda contienda judicial

que lo involucre, por otro lado, el derecho a convivir plena e ilimitadamente con ambos progenitores para forjar vínculos afectivos con ambos padres, hago énfasis en que el derecho a la convivencia, es más bien un derecho del hijo que de los padres, la convivencia debe ser plena, a menos que represente un peligro para la integridad del menor y por ello le resulte perjudicial, dicha convivencia no debe ser limitada ni restringida sin causa justificada, este precepto también recoge el interés superior del menor como principio rector para la toma de cualquier decisión con relación al menor.

El artículo 417 señala que si los progenitores están en desacuerdo respecto a las convivencias o guarda y custodia del menor, podrán interponer una controversia del orden familiar o un incidente para demandar su modificación o adecuación a las circunstancias imperantes en la vida del niño, en dicho procedimiento judicial siempre deberá ser escuchado el menor, conforme a su edad, quien deberá ser asistido por el asistente de menores que para el efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, DIF, que deberá ser un profesional en psicología, trabajo social o pedagogía adscrito a dicha institución, o bien a otra institución avallada por ésta, dicho profesionista asistirá al menor para facilitar su comunicación con el juez de manera libre y espontánea y darle la adecuada protección psicoemocional, las sesiones en que sea escuchado deberán ser en privado, es decir, sin la presencia de los progenitores, para que pueda éste expresarse con libertad, el asistente podrá solicitar hasta dos sesiones para que el menor platique con el juzgador.

Para que el menor pueda ser escuchado, el juez de lo familiar solicitará la asistencia de un representante de menores que deberá designar el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, y en caso de inasistencia de éste, el Juez deberá considerar la conveniencia o no de celebrar la audiencia, tomando en cuenta que el menor pueda expresarse libremente.

El artículo 418 del Código Civil establece que las obligaciones, facultades y restricciones impuestas a los tutores serán aplicables a aquel pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor, quedando obligado el que conserva la patria potestad a contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia, asimismo señala este precepto que la custodia del menor ejercida por alguno de sus parientes podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por decisión de quien detenta la patria potestad o por resolución judicial.

Conforme al artículo 424 del Código Civil, aquel que esté sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna

sin expreso consentimiento de quien la ejerza, este precepto es poco claro, en virtud de que no se trata de que el menor necesite para contraer una obligación en forma complementaria del consentimiento de quien ejerza la patria potestad, más bien es que el acto jurídico lo realiza el titular de la patria potestad en su nombre y representación, en caso de irracional disenso, resolverá el juez.

El artículo 421 establece que el hijo sujeto a la patria potestad no podrá abandonar el domicilio de quienes la ejercen, ya sea padres o abuelos, sin que medie un permiso o bien haya una resolución judicial que así lo permita.

IX. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO

El artículo 425 del Código Civil señala que los que ejercen la patria potestad serán los legítimos representantes de los menores sujetos a ésta y serán los administradores de los bienes que pudieran tener o adquirir los menores.

El artículo 426 prevé que en caso de que la patria potestad sea ejercida por dos personas, padre y madre, o abuelo y abuela, el administrador de los bienes del menor será designado por mutuo acuerdo y para todos los actos consultará a su consorte, siendo necesario el consentimiento expreso de este último para cualquier acto de importancia en la administración.

El artículo 427 señala que la persona o personas que ejerzan la patria potestad también representarán al menor en juicio, y si quisieran terminar el juicio por convenio lo realizarán de mutuo acuerdo con su consorte y con la autorización judicial cuando lo requiera la ley. Cuando las personas que ejerzan la patria potestad tengan algún interés opuesto al de los hijos, será necesario que los menores tengan un tutor nombrado por el juez para que sean representados en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 440 del mismo ordenamiento.

Los artículos 428, 429 y 430, establecen una clasificación respecto de los bienes que pudiera tener o adquirir el menor de edad, dichos preceptos señalan que hay dos clases de bienes, los bienes que adquiera el menor por su trabajo, los cuales pertenecen en propiedad al menor y le corresponde a éste su administración y usufructo, en tanto que los bienes que adquiera por cualquiera otro título, éstos les pertenecen en propiedad al menor, la mitad del usufructo será para éste y la otra mitad del usufructo les corresponde a los que ejerzan la patria potestad, pudiendo renunciar a este derecho en beneficio del hijo, renuncia que será considerada como una donación. Si los

bienes del menor fueron adquiridos por herencia, legado o donación y el testador o el donante en su caso, dispuso que el usufructo fuera para el menor en su totalidad o para cualquier otro fin, será entonces conforme a tal disposición.

Cabe mencionar que siendo el menor propietario de sus bienes, no puede ser a la vez el usufructuario de los mismos como dispone el código, pues el usufructo por naturaleza se ejerce sobre bienes ajenos, por otra parte, es reiterativo que el legislador señale en el artículo 429 que los bienes de la primera clase “*pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo*”, bastaría con decir que respecto a los bienes que el menor adquiera por su trabajo, le corresponderá administrarlos y gozar de sus frutos. Si los bienes son del menor, es redundante decir que “*le pertenecen en propiedad*”.

Por otra parte, es erróneo decir que la mitad del usufructo corresponde a quien ejerce la patria potestad, pues no se trata propiamente del derecho real de usufructo, no es que los progenitores o abuelos que ejercen la patria potestad sean usufructuarios, sino que tienen el derecho a administrar los bienes del hijo y el derecho a gozar de la mitad de los frutos que produzcan, como una retribución por ello, también tienen la obligación de administrarlos correctamente y de rendir cuentas, así lo dispone el artículo 439.

—Domínguez Martínez señala— no obstante la calificación legal, no creemos que los padres o abuelos en turno sean titulares de un derecho real de usufructo. Simplemente tienen derecho a una remuneración cuantificada como la mitad de las utilidades de los bienes que produzcan. No se trata en nuestro concepto de un usufructo por varias razones; salvo excepciones, no tienen la posibilidad para ejercerlo, de usar en lo personal los bienes administrados, además no son titulares del derecho del tanto del usufructuario en el usufructo general. Quienes ejercen la patria potestad tienen como derecho esa participación en numerario y nada más.¹¹

Los artículos 434, 436, 437, 439, 441 disponen diversas limitaciones y obligaciones a los que ejercen la patria potestad con respecto a la administración y usufructo de los bienes del hijo, de manera enunciativa, mas no limitativa me permito mencionar algunos ejemplos: el que ejerza la patria potestad y reciba la mitad del usufructo de los bienes del hijo, tiene las obligaciones de un usufructuario y de un administrador de bienes ajenos, deberá rendir cuentas de dicha administración, no tienen necesidad de otorgar fianza, salvo que el que ejerza la patria potestad haya sido declarado en quie-

¹¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 633.

bra o concurso, contraiga ulteriores nupcias, o su administración sea notoriamente ruinoso, no podrá enajenar ni gravar los bienes del hijo sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, previa autorización judicial, debiendo tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta efectivamente se destine al objeto o causa por el cual fue vendido, procurando que el resto se invierta en la compra de otro bien inmueble o se ponga con segura hipoteca en favor del menor. El producto de la venta debe depositarse en una institución de crédito y el que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial. Los jueces tienen facultades para tomar las medidas necesarias para evitar el derroche y la mala administración de los bienes de los menores de edad, ya sea a instancia de cualquier persona interesada, a instancia del menor cuando haya cumplido catorce años o por solicitud del Ministerio Público.

Los que ejerzan la patria potestad tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos, no podrán vender los frutos, valores comerciales, industriales, ganado o acciones por menor valor al que se cotice en la plaza el día de la venta, tampoco podrán donar o dar fianza sobre los bienes del hijo.

El artículo 435 dispone que cuando por Ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará solo sobre la administración de los bienes como emancipado, y se conservarán las restricciones para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes. Con ello podemos observar claramente como el legislador limita una vez más la capacidad de ejercicio del menor de edad.

El derecho a participar del usufructo que corresponde a las personas que ejercen la patria potestad se extingue por emancipación o mayoría de edad, por la pérdida de la patria potestad o por renuncia expresa. Una vez que los hijos han alcanzado la mayoría de edad o se han emancipado, las personas que ejercen la patria potestad deberán entregar al hijo los bienes y frutos que les pertenecen.

X. DE LA PÉRDIDA, SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se acaba definitivamente en caso de muerte del que la ejerce, cuando no haya otra persona en la que recaiga su ejercicio, en cuyo caso pasará a esta persona, por emancipación, porque alcance la mayoría de edad, también cuando el menor es entregado a una Institución para ser dado en adopción.

La patria potestad es un conjunto de facultades, derechos y obligaciones que existen entre los progenitores y sus descendientes menores de edad que tienen por objeto la educación, asistencia y protección de la persona y bienes del menor, cuando los progenitores incumplen con sus deberes atentando contra el interés superior de los menores, la sanción es la pérdida de la patria potestad.

La patria potestad puede perderse solo por resolución judicial que condene a la pérdida de ese derecho, el artículo 444 señala como causales para la pérdida de la patria potestad las siguientes: ejercer violencia familiar en contra del menor; incumplimiento injustificado de la obligación alimentaria por más de 90 días; por abandono injustificado que se prolongue más de tres meses; cuando el que la ejerza hubiera sido sentenciado por la comisión de un delito doloso contra la persona o bienes del menor, o bien porque haya sido condenado dos o más veces por delitos graves; por incumplimiento a las resoluciones judiciales tendientes a corregir actos de violencia familiar y estos actos hayan afectado a sus descendientes; cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente por quien la ejerce.

La patria potestad también puede suspenderse por sentencia que imponga esta suspensión, previo juicio en el que resuelva el juez atendiendo al interés superior del menor, las causas para que se condene a la suspensión de la patria potestad son diversas, de manera enunciativa el Código Civil señala en el artículo 447 las siguientes: La incapacidad o ausencia de quien la ejerce, desde luego siempre y cuando sea declarada judicialmente, asimismo cuando el consumo de alcohol, el juego y/o el uso no terapéutico de sustancias ilícitas a que se refiere la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso produzcan efectos psicotrópicos al que la ejerce, que amenacen con causar algún perjuicio al menor, cualquiera que sea, cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor por parte de quien conserva la custodia legal, cuando el que ejerce la patria potestad y tiene la custodia del menor no permita que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente; mientras dure la tutela del menor que haya sido desamparado.

La patria potestad no es renunciable, sin embargo pueden excusarse de su desempeño aquellos que tengan sesenta años cumplidos, y los que por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño, artículo 448.

XI. DERECHO DE CONVIVENCIA DEL MENOR CON SUS PROGENITORES

Tal como lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores tienen derecho a convivir plena e ilimitadamente con ambos progenitores a efecto de forjar vínculos afectivos que serán determinantes en el desarrollo de su personalidad, por ello, el menor que por alguna causa se encuentre separado de uno o de ambos progenitores, tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con sus padres, salvo cuando ello resulte contrario al interés superior del menor.

El derecho de los niños a convivir con sus padres es un derecho fundamental, elevado a la categoría de derechos humanos, por ello, aun cuando el niño no viva con sus padres, incluso en aquellos casos en que alguno de los progenitores haya sido condenado a la pérdida de la patria potestad, en virtud de que el derecho a convivir con sus padres es un derecho fundamental del niño y solo puede prohibirse tal convivencia en caso de que implique un peligro para su normal desarrollo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a proteger la convivencia de los niños con sus padres, aun en aquellos casos de pérdida de la patria potestad. Ver tesis al respecto:

Época: Novena Registro: 178388 Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito “PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS.”

Época: Novena Registro: 164285 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito “PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO IMPLICA LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DEL MENOR A LA CONVIVENCIA (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 417 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE HASTA EL UNO DE FEBRERO DE DOS MIL SIETE Y 416 BIS VIGENTE A PARTIR DEL DOS DE FEBRERO DE DOS MIL SIETE).”

Época: Novena Registro: 162546 Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito “MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE CONVIVIR CON SUS PROGENITORES DEBE PONDERARSE POR EL JUZGADOR EN TODOS LOS CASOS.”

Época: Novena Registro: 177231 Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito “PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ES PROVISIONAL Y, EN CONSECUENCIA, ES LEGAL DETERMINAR UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS ENTRE EL MENOR Y SU PROGENITOR SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE EL INTERÉS DEL NIÑO DE CONVIVIR CON ÉL COMO UN

DERECHO CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.”

Época: Novena Época Registro: 164347, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito “DERECHO DE CONVIVENCIA, SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 416 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).”