

## COMENTARIOS A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997 EN RELACION CON LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA

### 1. INTRODUCCIÓN

Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1997 se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil que introducen cambios de gran trascendencia en materia de familia. Resaltan, por su especial interés, el concepto de violencia familiar, sus consecuencias jurídicas y las medidas precautorias que se deben tomar para evitarla. Aumentan a XX las fracciones del artículo 267 con causales de divorcio; se precisan cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad; se introduce la tutela de hecho y agregan casos de incapacidad para heredar.

Debido a la extensión e importancia de las reformas, centraré este comentario únicamente a las innovaciones relacionadas con la patria potestad y la tutela.

### 2. LAS REFORMAS

El artículo 411, primero del título octavo “De la patria potestad”, tomando el mandamiento bíblico establecía en forma unilateral el deber para los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Sin embargo, los cambios culturales y legislativos de las últimas décadas han llevado a la concientización sobre la necesidad de entender que las dos partes de la relación paterno-filial, padres e hijos, gozan de la misma importancia, y ambas merecen ser respetadas. El anterior precepto carecía de equidad al limitar el deber de respeto a una parte de la relación, ahora se entiende que tanto padres y demás ascendientes como hijos están comprometidos a prestarse respeto y consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, y así lo establece el reformado artículo 411.

## INGRID BRENA SESMA

Los deberes de respeto y consideración están impregnados de un alto contenido ético pero carecen de una sanción jurídica directa. El incumplimiento de ellos no producirá en sí mismo una sanción; pero si la falta de respeto o consideración se transformara en alguna conducta tipificada como violencia familiar (injurias, faltas, daños graves o ingratitud) la misma podría ser sancionada con la pérdida al derecho de alimentos o con la revocación de una donación recibida. En casos extremos se aplicarían las sanciones establecidas en el Código Penal.

El artículo 414 establecía reglas para la atribución de la patria potestad respecto de los hijos de matrimonio y los artículos 417 y 418 respecto de los hijos nacidos fuera de él. La diferencia carecía de explicación toda vez que el mismo Código otorga derechos semejantes a los hijos, con independencia del vínculo que una a sus progenitores. La acertada reforma establece que el ejercicio de la patria potestad “sobre los hijos” —sin marcar diferencia alguna— le corresponde a ambos progenitores como una función conjunta y sólo, cuando por alguna circunstancia la deje de ejercer alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

La innovación pone fin a la polémica sobre la interpretación del artículo 414 ¿las fracciones del precepto constituían el orden de preferencia en la atribución de la patria potestad o el orden de las fracciones era simplemente enunciativa? Es decir, a falta de padre y madre ¿correspondía la patria potestad al abuelo y abuela paternos y sólo en su defecto al abuelo y abuela maternos?

Aun cuando el artículo 418 establecía que las fracciones se aplicaban según lo determinara el juez de lo familiar, algunas corrientes consideraban que estos preceptos se referían, por su ubicación en el Código, sólo a los hijos nacidos fuera del matrimonio. El artículo reformado termina con las dudas al establecer que a falta de ambos padres o “cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro y en su defecto la ejercerán, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

La patria potestad se integra por un conjunto de derechos y obligaciones, consecuencia directa de la filiación. Una vez establecida produce efectos, independientemente de la existencia o falta del vínculo matrimonial entre los progenitores. Esta derivación directa no justificaba el anterior artículo 415 que regulaba una situación obvia: “cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad”.

El nuevo artículo 416 contiene una disposición sin antecedente en el anterior numeral: “...en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos

## PATRIA POTESTAD Y TUTELA

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”.

El texto se refiere a la “separación de quienes ejerzan la patria potestad” sin distinguir la separación de cónyuges de aquella en la que los padres no estén unidos en matrimonio. La diferencia reviste especial significado, pues no es lo mismo la separación de dos personas que conviven sin que exista entre ellos un vínculo matrimonial que la de la pareja unida en matrimonio.

Existen en el Código varias causas de separación de los cónyuges pero éstas son limitadas: la separación de la pareja como una situación jurídica previa al divorcio o como un divorcio no vincular, justificado por una enfermedad física o mental del otro cónyuge. También el Código exige de la obligación de convivencia a alguno de ellos cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre e indecoroso. Estas separaciones decretadas siempre por autoridad judicial, se distinguen de aquellas que carecen de un fundamento legal y son contrarias a los fines de convivencia del matrimonio. Estas últimas, al ser simples situaciones de hecho, no deberían producir consecuencias jurídicas pero, contrario a este razonamiento, el legislador reconoce la separación de hecho de los cónyuges al permitir que durante ella se generen convenios de los progenitores respecto al ejercicio de la guarda sobre sus hijos.

En todo caso, resulta conveniente atribuir a los padres la facultad de convenir los términos del ejercicio de ciertos efectos de la patria potestad. Ellos son, en vista a la cercanía afectiva con sus hijos y, de acuerdo con sus circunstancias especiales, los que pueden decidir sobre el ejercicio de sus derechos “particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de menores”. La intervención judicial es subsidiaria: “En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público...” Sin embargo, se observa que el texto no menciona la necesidad de homologar judicialmente tal convenio, el cual, por lo tanto, surtirá sus efectos una vez acordado. Nos preguntamos ¿cuál habrá sido el criterio legislativo para diferenciar entre estos convenios entre los ascendientes que ejerzan la patria potestad y los exigidos a los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento? ¿no hubiera resultado acertado decretar la aprobación judicial de esos acuerdos, como sucede en los convenios de divorcio, en aras de asegurar una mayor protección a los menores? La diferencia de situaciones, separación de hecho o divorcio, no justifica la divergencia de criterios, sobre todo si reflexionamos que sin la aprobación judicial será difícil asegurar el acatamiento de la segunda parte del

## INGRID BRENA SESMA

precepto: “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...”

El artículo 417 establece que aquellos que ejercen la patria potestad “aun cuando no tengan la custodia, tienen derechos de convivencia con sus descendientes, salvo exista peligro para éstos”.

Custodia y convivencia son conceptos diversos, pero ambas, facultades implícitas de la patria potestad, son ejercidas conjuntamente por los padres. Sin embargo, la separación de éstos implica que las facultades antes conjuntas se ejerzan en forma separada. El otorgamiento de la guarda o custodia a un progenitor, no significa para el otro la pérdida de la relación con sus hijos. El progenitor privado de la custodia conserva sus derechos de convivencia, esto es derecho de visitar a su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación. Respetar el derecho a la convivencia genera beneficios tanto para los ascendientes como para los menores, pues mantiene entre ellos, el vínculo afectivo generado por la cercanía, además del parentesco.

El inciso 3 del artículo 9 de la Convención de los Derechos del Menor señala que no podrá impedirse, sin justa causa “las relaciones personales entre el menor y sus parientes”. El texto reconoce la importancia, sobre todo para el menor de mantener las relaciones personales con sus parientes, no limitada a sus progenitores sino extendida a todo el grupo social. En concordancia con este precepto el segundo párrafo del artículo 417 expresa: “No podrá impedirse, sin justa causa, las relaciones entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de la familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor.” Cualquiera que acredite por los medios de prueba idóneos, ser pariente del menor estará legitimado para accionar en caso de que le sean obstaculizadas sus relaciones personales con el menor para solicitar la reanudación de ellas.

El inciso 1 del mismo artículo 9o. expresa: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.” Por su parte, el segundo párrafo del nuevo artículo 417 del Código Civil, señala: “Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la

## PATRIA POTESTAD Y TUTELA

patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

Se reconoce lo acertado de las reformas que incorporan al Código Civil los principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño de la que México es parte.

El artículo 418 reformado establece como novedad una “tutela de hecho” al atribuir las funciones del tutor al pariente que tenga al menor bajo su custodia:

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

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda. Tradicionalmente se ha expresado que es la institución subsidiaria de la patria potestad pues se ejerce en ausencia de aquella, salvo los casos de intereses opuestos entre los ascendientes y el hijo durante la tramitación de un juicio. Su constitución ya sea testamentaria, legítima o dativa requiere de un procedimiento judicial que asegure la idoneidad de la persona para ejercer el cargo y que garantice la protección, tanto de la persona como de los bienes del pupilo. Salvo, desde luego, los casos de la tutela ejercida por los directores de las casas de asistencia social sobre los menores abandonados en la que no es necesario el discernimiento del cargo

Después de discernido el cargo, el tutor asume múltiples obligaciones y responsabilidades establecidas en el Código y que necesariamente debe conocer para cumplir. Existe un control sobre el desempeño del tutor ejercido por el Consejo de Tutelas, por el juez y, en su caso, por el curador para asegurar el correcto desempeño del tutor.

Al reconocerse efectos semejantes a la custodia del pariente y a la tutela ¿qué caso tiene tomarse el trabajo de constituir judicialmente una tutela que además estará bajo la supervisión de órganos de control?

La asunción automática de la tutela a través de la custodia del pariente puede ocasionar serios problemas jurídicos. Si el menor bajo custodia-tutela se encuentra sujeto a la patria potestad se planteará la coexistencia de dos instituciones. Nos cuestionamos ¿dejará de ser la tutela una institución subsidiaria de la patria potestad?

## INGRID BRENA SESMA

Tal mezcla de instituciones y atribuciones confundirán el ejercicio de los derechos ¿en qué casos se preferirán las facultades del custodio sobre las del ascendiente que ejerza la patria potestad que no ha sido desposeído de sus derechos? ¿cómo se limitará si no es judicialmente el ejercicio de la patria potestad para que el custodio pueda ejercer sus facultades y asumir sus responsabilidades? y ¿cuál es el fundamento legal para que un padre delegue el ejercicio de su función en un pariente? y además, en protección del niño o niña ¿cómo y quién supervisará al pariente que lo custodie?

La parte final de este artículo expresa: “La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial”. La custodia significa una relación bilateral entre el custodio y el menor con una serie de responsabilidades derivadas de la ley y que tiene como fin proteger al menor, ¿por qué se permite la terminación unilateral por el pariente custodio o por quien o quienes ejerzan la patria potestad, tal como lo expresa el artículo 418?

La reforma intentó resolver aquellas situaciones en que los padres han “delegado”, por decirlo así, sus funciones en algún pariente que se hace cargo del niño o niña. La intención fue buena pero no así los resultados. Debió pensarse en una mejor solución, buscando respuestas que no impliquen confusión de instituciones. Desafortunadamente en poco tiempo veremos en los tribunales las consecuencias negativas de esta innovación.

La reforma adicionó el artículo 422 para extender la obligación de educar a los menores, no sólo al que lo tiene bajo su patria potestad sino también a quien lo custodia toda vez que ésta y aquella no siempre coinciden en la misma persona.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el artículo 423 sufrió una reforma al primer párrafo para que la facultad de corregir y la obligación de observar una conducta que sirva de ejemplo a los menores, se refiera no sólo a los hijos, sino también a cualquier menor que se tenga bajo custodia.

El segundo párrafo sustituye al anterior, el cual facultaba a las autoridades para que, haciendo uso de amonestaciones y correctivos, prestaran el apoyo suficiente a los titulares de la patria potestad. El texto resultaba del todo anacrónico toda vez que el uso de correctivos, incluyendo la reclusión en correccionales, se establecía en disposiciones derogadas desde tiempo atrás. En cambio, el nuevo texto aprovecha para fijar límites a la facultad de corregir pues el desarrollo de ella no implica infligir al menor ataques en contra de su integridad física y síquica.

## PATRIA POTESTAD Y TUTELA

El artículo 444 establece adecuadamente, a diferencia del texto anterior, que la patria potestad se pierde mediante “resolución judicial” y no por el simple cumplimiento de los supuestos enumerados en el precepto.

Se agregan al texto dos nuevas fracciones como causas de pérdida de la patria potestad: “V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en que la víctima sea el menor”, motivo, desde luego, suficiente para la pérdida de ese derecho y, con una mejor técnica legislativa, traslada a la fracción VI la segunda parte de la anterior fracción I: “cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.”

Aparece el artículo, el 444 bis con una variedad en el ejercicio de la patria potestad. Este derecho se acababa, perdía o suspendía, ahora también se puede limitar en caso se que quien lo ejerza incida en conductas calificadas de violencia familiar, por el artículo 323 ter del Código. Quedará a discreción judicial el señalamiento de los límites y forma de ejercicio de la patria potestad a quien resulte responsable de conductas calificadas de violentas.

En congruencia con las reformas que establece, tipifican y sancionan la violencia familiar, el artículo 283 relativo a las sentencias de divorcio también tuvo que ser objeto de cambios. Se faculta al juez para que, de oficio o a petición de parte interesada, se allegue de los elementos necesarios para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y evitar las conductas de violencia familiar.

También el juzgador podrá tomar las medidas que estime convenientes, considerando el interés superior del niño o niña. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista un peligro para el menor. Las disposiciones de seguridad que se dicten en protección de los menores incluirá “medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar”.

El artículo 492 fue adicionado con un segundo párrafo para definir al expósito y diferenciarlo del abandonado. Expósito es “el menor colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a esta ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se desconoce, se considerará abandonado.” Esta definición aprecia una situación de hecho, el desamparo del menor, sin referirse a las posibles motivaciones de quienes estén obligados frente al niño o niña.

El nuevo artículo 493 utiliza una terminología más actualizada; en vez de referirse a directores de inclusas, hospicios, lo hace a “responsable de las casas

## INGRID BRENA SESMA

de asistencia ya sean públicas o privadas” donde se reciban expósitos y ahora se agrega abandonados.

El artículo 494 es totalmente novedoso

los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban menores que hayan sido objeto de la violencia familiar a que se refiere el artículo 323 ter de este ordenamiento tendrán la custodia de éstos en los términos que prevengan las leyes y los estatutos de la institución. En todo caso darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentren señalado como responsable del evento de violencia familiar.

Correctamente el precepto otorga únicamente la custodia a los responsables de las casas de asistencia, en tanto se averigua la situación legal del menor. Este responsable está obligado a notificar al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad.

### 3. CONCLUSIÓN

Las reformas introducidas el pasado 30 de diciembre recogen las críticas que hacía tiempo se venían formulando a ciertos artículos del Código Civil en materia de patria potestad. Los textos, ahora reformados, resultaban anacrónicos y faltos de equidad sobre todo en perjuicio de los menores. Los nuevos artículos se adecuan a las necesidades actuales del grupo familiar, en especial cuando éste se desintegra o funciona inadecuadamente.

La separación de los progenitores significa también la separación de uno de ello, con respecto al menor, por ello es necesario garantizar al padre sin custodia, el derecho de relacionarse con sus hijos, el cual involucra la posibilidad de establecer correspondencia o estancias prolongadas con los menores. El juez procurará no agravar el conflicto de relación y de comunicación entre padres e hijos o hijas. Además, el niño o la niña al separarse de un progenitor deja de convivir con todo un contexto familiar tan necesario en su formación y desarrollo. Los vínculos de parentesco generan una fuerte relación personal a nivel afectivo, que exige la continuidad, sobre todo en situaciones de crisis familiar.

Aminorar los efectos de estas situaciones críticas fue la tendencia de las reformas, como lo fue también el facultar al juez a dictar medidas, incluso la limitación o pérdida de la patria potestad cuando la violenta conducta de los padres signifique un riesgo o un perjuicio para los menores.



## PATRIA POTESTAD Y TUTELA

La reforma se encuadra en la tendencia reconocida a nivel internacional expresada en la Convención de Derecho del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Ingrid BREÑA SESMA