

ALCANCES DE LA PATRIA POTESTAD Y LA CUSTODIA (CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)

Alejandro CÁRDENAS CAMACHO

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *Referencia histórica y antecedentes legislativos en el derecho mexicano.* III. *Panorama jurídico actual.* IV. *Contenido y alcance legal: referencia a los derechos de guarda y custodia.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

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

Asistimos a una época de cambios vertiginosos en todos los órdenes. En el ámbito familiar, presenciamos el tránsito de familias extensas a nucleares. Somos testigos de la degradación del núcleo social en un país de muchos modos dolido. El número de divorcios es cada vez mayor, y más numerosos los hogares con jefas de familia, lo cual tiende a acentuarse con el empleo indiscriminado de las nuevas tecnologías reproductivas. Por otra parte, la migración y el desplazamiento constante de los padres, consecuencia de la falta de recursos económicos, trae consigo el abandono del hogar y de los hijos a su cuidado. Son muchos los niños

que viven en esta situación, y más aún los que carecen de los satisfactores elementales para su subsistencia. La problemática de los menores tiene diversas causas y múltiples efectos. Frente a esta realidad, la patria potestad permanece anclada en un individualismo cuya visión del mundo no corresponde a la que hoy vivimos.

El presente trabajo quiere ser así, un análisis jurídico que no pierda de vista el aspecto histórico-empírico; quiere ser una perspectiva a través de la cual se ponga de manifiesto que todo lo relativo a la evolución de la patria potestad, no es producto de una decisión legislativa aislada, sino resultado de una experiencia social específica. En este sentido, el alcance legal de la patria potestad, se fija teniendo en cuenta las mutaciones que ha cursado desde su surgimiento. Así, pues, tanto el aspecto histórico como los métodos de interpretación e integración jurídica, juegan un papel preponderante en el análisis del tema que nos ocupa; sin que pase inadvertido que el estudio analítico no siempre puede resolver todos los problemas, pero al menos permite identificarlos y sugerir algunas directrices de solución.

II. REFERENCIA HISTÓRICA Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO MEXICANO

El paso de la poliandria a la poligamia, y de ésta a la monogamia, así como el incremento de la riqueza del esposo en relación con los bienes de la esposa, fueron factores decisivos para imponer la filiación paterna sobre el derecho materno. Hasta antes de esta transición, la única filiación que se conocía con certeza, era la materna, ya que las relaciones conyugales se establecían de manera colectiva y a veces incestuosa, como fue el caso de la familia consanguínea.¹

Llama la atención que dos de las civilizaciones más antiguas, la mesopotámica² y la hebrea, reconocieron siempre al padre como jefe de familia, a quien se investía con amplios poderes sobre la persona y bienes de sus hijos. Bíblicamente, el poder del padre sobre los hijos está implícito en el mandamiento “honrarás a tu padre y a tu madre” (Éxodo 20:12); hay un pasaje en el Nuevo Testamento que lo confirma; me

¹ Cfr. Engels, Federico, *Origen de la familia. La propiedad y el Estado*, 4a. reimp., México, Editores Mexicanos Unidos, 1992, pp. 5-40.

² Cfr. *Código de Hammurabi*, México, Cárdenas Editor, 1992, pp. 56 y 57.

refiero a la Epístola de San Pablo a los Efesios, concretamente en la parte en la que los exhorta a cumplir con ese precepto, advirtiéndoles: “Y vosotros, padres, no irritéis con excesivo rigor a vuestros hijos; mas educadlos, instruyéndolos según la doctrina del Señor”.³

En contraste, el derecho romano, edificado sobre la idea del ejercicio del poder y del mando, consecuencia de la estructura militar y aristocrática del Estado, concibió a la patria potestad como una institución del derecho civil, por virtud de la cual se le confería al jefe de familia un poder riguroso y absoluto sobre sus descendientes, poder cuyas características eran las siguientes: no se modificaba ni por la edad ni por el matrimonio de los hijos; la autoridad del padre se borraba frente a la del abuelo; pertenecía sólo al jefe de familia al cual le estaba dado castigar, vender, abandonar y hasta matar a sus hijos. Así mismo, con excepción del *peculio castrense*, todo lo adquirido por el hijo pertenecía al padre, habida cuenta que sólo podía existir un patrimonio familiar. La patria potestad era, así, un medio para tutelar la autoridad del *paterfamilia* antes que los intereses de los hijos o la esposa.⁴ Cabe señalar que, la potestad del jefe de familia, conforme al derecho romano, perteneció siempre al hombre (abuelo o padre), no tanto como un reconocimiento a su superioridad física o intelectual, sino como una forma de preservar el culto doméstico, pues las hijas, al contraer nupcias, renunciaban no sólo a su hogar paterno, sino a su credo familiar para asumir el del marido.⁵

A diferencia del derecho romano, el antiguo derecho alemán limitó temporalmente el ejercicio de la patria potestad, a la que conoció con el título *munt*. Así, en el caso del hijo, la potestad terminaba al momento en el que éste comenzaba su vida económica de manera independiente; en el de la hija, cuando contraía nupcias, siempre que hubiese mediado el consentimiento del padre. Bajo este régimen, la madre podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.⁶

³ Epístola del Apóstol San Pablo a los Efesios, 6:1,2,3,4.

⁴ Cfr. Petit, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, Fernández González, José (trad.), México, Editora Nacional, 1971, pp. 100-103; Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, libros I y II, España, Torner, 2004, pp. 83-85.

⁵ Cfr. Fustes de Coulanges, Numa Denis, *La ciudad antigua*, M. Cigés, Aparicio (trad.), Colombia, Panamericana, 1997, pp. 34-36.

⁶ Cfr. Kipp, Theodor y Wolf, Martin, *Tratado de derecho civil*, 2a. ed., Pérez González, Blas y Alguer, José (trad.), Barcelona, Bosch, 1979, vol. 2o., t. 4o., pp. 45-47.

Por su parte, el antiguo derecho francés, cuya influencia se centró en las regiones del sur de Francia, atemperó el rigor de la patria potestad del derecho romano; sin embargo, conservó las siguientes características: no podía pertenecer a la madre; se prolongaba indefinidamente y los hijos no podían adquirir por su cuenta. Bajo este régimen, la patria potestad continuó siendo un poder doméstico establecido en interés del padre.⁷ Cosa distinta sucedió en el derecho consuetudinario, en el que dominó la idea de una protección debida al hijo, razón por la cual, tanto el padre como la madre, estaban investidos, al mismo tiempo, de autoridad respecto de los hijos; autoridad que era esencialmente temporal, a diferencia de la del derecho romano, que era vitalicia.⁸

Inspirado en el derecho consuetudinario, el Código Civil francés conocido como Código de Napoleón (1804), recogió, entre otros derechos y deberes a cargo del padre, los siguientes: la guarda, educación, mantenimiento, corrección y tutela de los hijos; el disfrute y administración de sus bienes; así como el derecho de consentir su matrimonio y su emancipación.⁹ Bajo la sistemática del Código Napoleón, el padre es representante legal de sus menores hijos; investidura que deriva del cargo de administrador que la ley le confiere.¹⁰ La patria potestad se concibió, así, en dicho código, como un organismo de representación de los hijos menores no emancipados; idea que trascendió a la mayoría de los códigos que siguieron su impronta.¹¹

A partir de entonces, la patria potestad dejó de ser aquel poderío excesivo, riguroso y cruel que ejercía el padre sobre su descendencia, para convertirse en una relación jurídica cuyo fundamento ético es el deber de protección de los hijos menores; deber que se atribuyó al padre y a la madre, por el solo hecho de la procreación; así lo entendie-

⁷ Cfr. Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de José M. Jr. Cajica, México, Cárdenas Editor, 1991, t. II, pp. 251 y 252.

⁸ *Ibidem*, nota 7, p. 252.

⁹ El artículo 385 del Código Civil francés de 1804 dispone expresamente que: "Les charges de cette jouissance seront: 1o. Celes auxquelles sont tenus les usufruitiers; 2o. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfans selon leur fortune; 3o. Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux; 4o. Les frais funéraires et ceux de dernière maladie".

¹⁰ El párrafo primero del artículo 389 del Código Civil francés establece que: "Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs".

¹¹ Cfr. Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cajica, 1945, t. II, pp. 427-436.

ron los más destacados juristas franceses con base en el texto expreso del Código Napoleón.¹²

Sin duda, la idea de protección al hijo, ingresó en el derecho civil francés, como consecuencia de la moral humanista y racionalista que proclamaba la *Ilustración* (siglo XVIII). Baste recordar que, a mediados del siglo XVIII, empezaron a florecer las primeras teorías sobre la educación de la infancia; ejemplo de ello es el *Emilio o de la Educación*, de Juan Jacobo Rousseau (1762), obra cuyo tema central es precisamente el conocimiento y la instrucción de los niños. A partir de entonces se empezó a rechazar la idea de castigar cruelmente a los infantes al amparo de un derecho a corregirlos;¹³ de tratarlos como objetos de utilería, de abandonarlos a su suerte, y de distanciarlos de sus padres para educarlos en instituciones ajenas al ámbito familiar.

Tributarios del Código Napoleón, los redactores de los códigos civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1870 y 1884, siguieron, en lo general, los lineamientos que aquel ordenamiento había adoptado en torno a la patria potestad, especialmente en lo que se refiere al conjunto de derechos o facultades sobre la persona y los bienes de los hijos, atribuidos en primer lugar al padre. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en cambio, modificó el régimen de los Códigos citados para establecer que: la patria potestad se ejerce, en primer lugar, por el padre y la madre de común acuerdo (artículo 239); en segundo y tercer lugar, por los abuelos paternos y maternos, respectivamente (artículo 241); a falta de alguna de las dos personas que la ejercen, el que quede continúa en su desempeño (artículo 242); se puede ejercer también sobre la persona y los bienes de los hijos naturales y adoptivos (artículo 240); así mismo, desaparece la figura del consultor, empero, se conserva la posibilidad de renunciar la patria potestad, así como las causas de pérdida y suspensión.¹⁴

Por su parte el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, incorporó entre los cambios más significativos en orden a la perso-

¹² Cfr. Colín, Ambroise y Capitant, Henri, *cit.*, Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, derecho de familia*, México, Porrúa, 1988, t. III, p. 525.

¹³ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*.

¹⁴ Cfr. Jiménez García, Joel Francisco, "Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano," *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año III, núm. 8, mayo-agosto de 2004, pp. 12-20.

na del menor, los siguientes: su ejercicio queda sujeto a las restricciones que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil (artículo 413); 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 (artículo 421); a las personas que ejercen la patria potestad incumbe la obligación de educar convenientemente al hijo, pero también la facultad de castigarlo y corregirlo mesuradamente (artículos 422 y 423); la patria potestad no la pierde la madre o la abuela por contraer segundas nupcias; y, finalmente, no se permite renunciar la patria potestad, aunque puede ser excusable cuando a quien corresponda su ejercicio tenga más de sesenta años cumplidos o no pueda atender su desempeño debido a su mal estado de salud (artículo 448).

Cabe señalar que, en el año de 1997, se reformaron los siguientes artículos: el 411 para que la honra y respeto a cargo de los hijos fuese también una obligación a cargo de los padres; el 416 para que el ejercicio de la patria potestad, en caso de separación de los padres, la determine el juez con base en el interés superior del hijo; el 418 para incluir la custodia de hecho, y así atribuir la calidad de tutor al familiar o pariente que se haga cargo de un menor durante un lapso prolongado; el 422 para hacer extensiva la obligación de educar al menor a quien tenga su custodia material; el 423 para que la facultad de corregir no se entienda como la aplicación de actos de fuerza; y el 444 para dejar claro que la patria potestad sólo se pierde por resolución judicial en los casos expresamente previstos. Así mismo, se adicionó el artículo 444 bis para establecer que el ejercicio de la patria potestad podrá ser limitado en los casos de violencia familiar.

III. PANORAMA JURÍDICO ACTUAL

Por razón de método, empezare por referirme a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a los derechos de la infancia; en el entendido de que la patria potestad tiene, actualmente, como *ultima ratio*, la protección de los hijos menores no emancipados. Patria potestad y derechos del menor, aparecen, así, como temas tangenciales en lo que se refiere a la persona de los hijos.

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

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

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

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.¹⁵

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

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

En el orden internacional, los derechos de los menores están tutelados a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (1991), cuya fuerza, proveniente de su jerarquía normativa, se impone al régimen legal de la patria potestad por partida doble: por un lado, al reconocer a los padres un ámbito de autonomía en lo concerniente a sus responsabilidades, derechos y deberes (artículo 5o.); y, por otro, al fijar un mínimo de derechos a favor del niño, y a cargo de sus padres, entre los que

¹⁵ Lo resaltado en cursivo es mío.

destacan: el derecho intrínseco a la vida (artículo 6o.1); el derecho a la supervivencia y el desarrollo (artículo 6o.2); el derecho al nombre, a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7o.1); el derecho a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares (artículo 8o.); a no ser separados de sus padres, excepto cuando las autoridades competentes lo determinen, tomando en cuenta el interés superior del niño (artículo 9o.1); a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres cuando éstos estén separados, si ello no es contrario al interés del niño (artículo 9o.3); a expresar su opinión libremente (artículo 12); a ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte (artículo 12.2); así como a los derechos a la libertad de asociación, de pensamiento, de conciencia y religión.

Con motivo de la entrada en vigor de dicha convención, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó, el 29 de diciembre de 1999, la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, en la que, entre otros aspectos, se definen, desarrollan y amplían los derechos previstos en la convención internacional antes citada, así como también las obligaciones y los deberes a cargo de los progenitores, familiares y demás responsables de los niños y niñas que tienen bajo su cuidado. En otro orden, se establecen una serie de acciones a cargo del gobierno en lo concerniente a los programas sociales y servicios públicos relacionados con los niños.

De esta manera, los derechos de los niños, en tanto interés del Estado, no sólo han venido a morigerar, sino a modelar al régimen legal de la patria potestad, al grado que ésta no puede entenderse sin aquéllos, lo cual se pone de relieve en el artículo 2o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la parte en la que se sostiene que:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En 2000 se expidió el Código Civil para el Distrito Federal, cuya base es el Código Civil de 1928. Con el advenimiento de dicho cuerpo normativo, se incorporó al régimen de la patria potestad una serie de modificaciones entre las que destacan las siguientes: la patria

potestad se acaba para los progenitores cuando su hijo es adoptado (artículo 443 fr. IV); se pierde la patria potestad en caso de violencia familiar en contra del menor, así como por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (artículo 444, fracciones III y IV); se puede limitar el ejercicio de la patria potestad en casos de divorcio o separación y no sólo en caso de violencia familiar (artículo 444 bis); finalmente, se agrega, como causal de suspensión, el hecho de que quien la ejerza, consuma alcohol o haga uso de sustancias ilícitas, y ello amenace con causar un perjuicio al menor (artículo 447).

El 9 de junio de 2004, se reformó dicho ordenamiento legal para establecer, en orden a la patria potestad que: ésta se acaba, cuando el que la ejerza entregue al menor a una Institución pública o de asistencia privada para ser dado en adopción (artículo 443). Asimismo, se estableció que la patria potestad se pierde por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días y por abandono que el padre o la madre hicieren del hijo por más de tres meses (artículo 444, fracciones IV y V).

Sentado lo anterior, los derechos-deberes a cargo de los padres respecto de sus hijos no emancipados, de acuerdo con el Código Civil vigente para el Distrito Federal, son, a saber: *a)* El de respeto y consideración; *b)* El de darles un domicilio; *c)* Los de guarda y custodia; *d)* El de educación; *e)* El de corrección y buen ejemplo, *f)* El de convivencia, y *g)* El de fungir como administrador y representante legal.

Esta es la suma de derechos-deberes que conforman el régimen de la patria potestad, a la luz de la legislación civil para el Distrito Federal. Tal es el reducto histórico de lo que en un principio fue una institución patriarcal. Me referiré a continuación a los deberes de guarda y custodia, por ser el tema central, no sin antes destacar que, la patria potestad, tal y como se ha entendido en la doctrina, es un conjunto de derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de la filiación, lo cual implica, fuerza es reconocerlo, el ejercicio de un poder del padre sobre sus hijos, aunque cada vez más limitado en cuanto a su extensión y contenido, como más adelante se verá. Una de las definiciones más completas de la patria potestad, es la que la concibe como "...el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados,

como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.”¹⁶

En este mismo sentido, el maestro Ignacio Galindo Garfias la define como:

una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habido fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.¹⁷

No es mi propósito hacer un examen crítico de las definiciones que se han elaborado sobre la patria potestad; baste decir que el conjunto de derechos de los que gozan los padres sobre la persona y bienes de los hijos, no deben entenderse como correlativos de una obligación a cargo de éstos, sino como una facultad que ejercitan en su beneficio, de ahí que se trate, más exactamente, de un derecho-función a cargo de los padres.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE LEGAL: REFERENCIA A LOS DERECHOS DE GUARDA Y CUSTODIA

Determinar el alcance de la patria potestad, supone delimitar su contenido con base en el texto y contexto de la ley. Se piensa, entonces, en un problema de límites, especialmente con referencia al ordenamiento estatal.

Desde esta óptica, la tarea de fijar los alcances, consiste esencialmente en dibujar el contorno dentro del cual el titular de la patria potestad puede válidamente ejercer su función, lo cual supone, por un lado, precisar la suma de derechos y obligaciones que aquéllos tienen a su cargo, y, por otro, acotar su eficacia con base en la misma ley o en otros textos de mayor jerarquía normativa, como los tratados internacionales o la Constitución General.

¹⁶ Castán Vázquez, *cit.*, López del Carril, Julio J., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 332.

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, México, Porrúa, 1993, p. 669.

Ya se vieron cuáles son los derechos que conforman el ámbito legal de la patria potestad, según el texto expreso del Código Civil; empero, una primera cuestión a resolver, consiste en preguntarse si esos derechos-deberes a cargo de los padres, son los únicos o pueden existir otros no previstos expresamente en la ley.

En estricto sentido, la respuesta tendría que ser negativa, ya que los derechos que derivan de la patria potestad, constituyen un sistema cerrado, habida cuenta que cualquier derecho (léase: derecho subjetivo) tiene necesariamente como fuente a la ley. En tal virtud, los derechos-deberes que genera la patria potestad a cargo de los padres, son los que provienen forzosamente de ella, y son, además, de orden público, por lo que no pueden derogarse ni modificarse por convenio de los interesados.

En efecto, si bien la filiación actualiza el supuesto normativo de la patria potestad, las consecuencias que tal hecho produce, son necesariamente las que señala el ordenamiento jurídico; la voluntad de los padres y de los hijos, es irrelevante en la creación, modificación y extinción de los derechos y deberes que dimanen de la patria potestad. Desde este punto de vista, ha de considerarse a ésta, como un acto-condición, ya que el espíritu o la voluntad de los sujetos, no interviene en nada para determinar la extensión de su situación, ni el sentido y alcance de la regla que se les aplicará, ni el objeto de sus derechos y obligaciones.¹⁸

La consecuencia procesal que se sigue de todo ello, es que cualquier acción que se ejercite a propósito de la relación entre padres e hijos, sin estar precedida por uno de los derechos que conforman el régimen de la patria potestad, está destinada a morir antes de nacer. No debe olvidarse que el concepto interés jurídico, sobre el que descansan los de acción y pretensión, se gestó y nutrió de la orientación individualista que influyó a gran parte de las instituciones jurídicas durante los siglos XIX y XX; de ahí que se le siga concibiendo en su acepción clásica, como una lesión a un determinado derecho subjetivo. El artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no deja lugar a duda sobre el particular, cuando dispone que: "Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario".

¹⁸ Cfr. Duguit, León, *Teoría general del acto jurídico*, México, Editorial Cultura, 1922, pp. 12-17.

Por su parte, el artículo 29 de dicho ordenamiento procesal dispone categóricamente que: “Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo”.

Más aún, el artículo 942 del propio Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en lo que interesa, establece que:

No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Es evidente, pues, que nuestro sistema procesal familiar tiene una marcada orientación individualista que se trasluce en los conceptos: acción, interés jurídico y derecho subjetivo, lo cual impide, por lo menos, llegar a una solución unitaria respecto de aquellas cuestiones o conflictos cuya causa de pedir no sea la violación a un derecho subjetivo de los que integran el régimen de la patria potestad. Luego, al no tener ese tipo de controversias una respuesta exacta en la ley, el juez ha de proveer lo más adecuado a su solución con base en los principios generales del derecho, tal y como lo establece el artículo 14 *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Más aún, el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces para dejar de resolver una controversia”.

De esta manera, la solución a las controversias paterno-filiales, carentes de referente legal, ha de buscarse en el campo de las valoraciones, ya que los principios generales del derecho son, ante todo, enunciados que están orientados a proteger determinados bienes, aspectos o situaciones que la colectividad estima relevantes o trascendentes. Corresponde, entonces, al juez familiar, deducir el principio general del

derecho conforme al cual habrá de resolver una determinada controversia que no tenga una respuesta directa en la ley, pero que sin duda afecta las relaciones entre padres e hijos.

Con lo dicho hasta aquí, es dable afirmar que nuestro modelo procesal, en materia familiar, contrasta no sólo con los dispositivos constitucionales y legales antes citados, sino también con las múltiples situaciones que se presentan a diario en el entorno familiar y social del menor, sobre todo cuando los padres están separados. Pienso, por ejemplo, en la custodia compartida (en las legislaciones que no la contemplan), en la posibilidad de los abuelos de visitar al menor, en la cesión del derecho de crianza o educación, en la conveniencia de pedir autorización judicial para transformar el patrimonio de los hijos sujetos a patria potestad; aspectos que sin duda trastocan la relación paterno-filial pero que no están reconocidos expresamente como un derecho subjetivo.

Una cuestión no menos importante, es la relativa a la titularidad de la acción para demandar en juicio la afectación de un derecho inherente a la patria potestad. Hasta ahora, el ejercicio de la acción, según el modelo individualista, corresponde sólo a quien tiene un interés jurídico, sin que pase inadvertido que, en materia familiar, el juez puede intervenir de oficio, especialmente cuando se trata de asuntos relacionados con menores, según lo previene el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Hasta ahora, la intervención que la ley le da a otros miembros que integran el núcleo familiar, se concreta a solicitar cualquier medida que consideren necesaria para el desarrollo de los menores o incapaces, según lo previene el artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal. Empero, dada la importancia que actualmente tienen los intereses de los niños y niñas, lo ideal sería garantizar a aquéllos el acceso directo a la jurisdicción y la tutela efectiva de sus pretensiones, con miras a conseguir el bienestar no sólo de los menores sino de la familia en su conjunto.

La solución podría encontrarse en el concepto interés legítimo, de cuño administrativista; la cual ha venido a zanjar las dificultades y escollos que dejaba el concepto clásico de interés jurídico en tratándose del trámite y resolución de los recursos administrativos. El interés legítimo, cabe señalar, supone una afectación genérica a la esfera jurídica del individuo, proveniente de su situación particular frente al orden jurídico.

Se trata de intereses objetivados en la norma jurídica como dignos de protección jurisdiccional, pero que no responden a la satisfacción de ningún derecho subjetivo preexistente. El interés legítimo es, en suma, una especie de derecho reaccional o impugnatorio que la ley le concede a un sujeto que ha sido perturbado en su esfera vital (reconocida por la norma jurídica).

En tratándose de la patria potestad, la noción de interés legítimo se traduce en la afectación que sufre cualquier miembro de la familia del menor y/o éste mismo, como consecuencia del ejercicio o incumplimiento de los deberes que tienen a su cargo los padres o quien en su caso los supla en el ejercicio de la patria potestad. El fundamento de este tipo de interés, es, en definitiva, la relación de afecto y cariño que subyace o que se supone implícita en el vínculo de parentesco que existe entre el menor y quien resiente la afectación. Su objeto sería restablecer una situación que se estima provechosa tanto para éste como para el menor. Con la inclusión del interés legítimo en el ámbito de la justicia familiar, se tendería a fortalecer los derechos de los menores y de la familia.

Este tipo de legitimación, podría incluso ampliarse con la finalidad de que esos mismos parientes del menor (v. gr. abuelos o hermanos mayores de edad), coadyuven con los padres en cualquier aspecto que afecte los intereses de aquél, con lo cual no sólo se tendería a fomentar la solidaridad y la cooperación entre los miembros que integran el núcleo familiar, sino a fortalecer la autoridad de los padres y la subsistencia de los menores a su cuidado. Lo que aquí planteo, aclaro, es una cuestión de *lege ferenda*.

Sentado lo anterior, me referiré ahora a los derechos explícitos de guarda y custodia, no sin antes hacer una precisión metodológica, en los términos que a continuación se indican.

Se sabe ya cuáles son los derechos-deberes a cargo del padre, pero se ignora su significado exacto, al menos desde el punto de vista legal. Esta imprecisión terminológica, lejos de ser sintomática de una incoherencia o insuficiencia de la ley, es un indicio de que el legislador no ha querido diseccionar el contenido de esos derechos-deberes, sino que los ha dejado intencionalmente abiertos, sin explicación; y lo ha querido así, para que sean los padres los que fijen, en el ejercicio cotidiano de su función, el contenido y alcance de cada uno de dichos

derechos, con lo cual se les reconoce un ámbito de autonomía en el desempeño de su cargo.

Esta autonomía, implícita en el ejercicio de la patria potestad, es, sin duda, una reminiscencia de aquel poder absoluto y riguroso que tenía el padre sobre sus hijos; poder que, según hemos dicho, no desapareció del todo en las codificaciones civiles que tomaron como base al Código de Napoleón; tal fue el tributo que tuvo que pagar este ordenamiento a la doctrina individualista que lo había inspirado. En el contexto actual, ese poder debe entenderse en sentido limitado, es decir, como un poder de decisión y elección de los padres sobre la forma o el modo de ejercitar los derechos que la ley les confiere sobre la persona y los bienes de sus hijos menores. Es, pues, un poder que se circunscribe a un ámbito perfectamente delimitado por el orden jurídico a favor de éstos.

Ahora bien, esa delimitación en torno al alcance de la patria potestad, puede acotarse de dos maneras distintas: una intrínseca, con base en la definición aproximada sobre cada uno de los derechos que la conforman, y otra extrínseca, con base en las restricciones, excepciones y salvedades que el orden jurídico impone a los padres en el desempeño de su función. Veamos primeramente la delimitación conceptual de cada uno de esos derechos.

Ciertamente, la definición de los derechos que conforman a la patria potestad no es sencilla, no sólo porque la ley no es explícita, sino también porque la custodia, la guarda, la educación, el buen ejemplo y la convivencia, son conceptos cuyo alcance varía según los hábitos, las costumbres y las creencias de los padres y de los hijos; son, por lo mismo, conceptos polisémicos; y he ahí la altísima responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad: dotar de contenido ético a cada uno de esos derechos; tarea que, en caso de controversia familiar, le corresponderá realizar al juez, lo cual lo cual se justifica en atención al régimen de protección de los menores que tutela la Constitución General, en tanto interés del Estado.

Por esta razón, la exégesis que aquí se propone, tiene, como fin primordial, lograr, hasta donde sea posible, la coherencia y unidad conceptual del régimen legal de la patria potestad mediante la articulación semántica de los diversos derechos que la conforman, más allá de su significado intrínseco o metajurídico.

El primer derecho-deber a cargo de los padres al que me quiero referir, es el relativo a domiciliar a los hijos menores. Al respecto, el artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que: “Se reputa domicilio legal: I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto”.

Este derecho-deber, tiene, como *ratio legis*, la necesidad de ubicar al hijo menor para el cumplimiento de sus obligaciones, en tanto sujeto de derecho. En realidad, más que un derecho-deber a cargo del padre, se trata de un atributo inherente a la persona del menor. Muy probablemente surgió cuando se le reconoció a éste la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Es importante resaltar que este derecho es, bien visto, la piedra angular de la patria potestad, por cuanto que sirve de fundamento a otros derechos vitales como los de guarda y custodia. Veamos porqué.

La ley señala como domicilio del menor, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; se trata, por tanto, de un domicilio legal. Luego, como el domicilio de quienes ejercen la patria potestad no puede ser otro que el lugar donde residen habitualmente o donde tienen el centro principal de sus negocios, según lo previene el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal, es inconcuso, entonces, que el domicilio legal del menor se disuelve en el domicilio real de quien ejerce la patria potestad, con lo cual se quiere decir, lisa y llanamente, que los menores sujetos a patria potestad, tiene su residencia habitual en la casa de quienes ejercen la patria potestad (padres o abuelos); conclusión que se corrobora si se toma en cuenta que los hijos no pueden abandonar la casa de sus padres sin autorización de éstos, según lo dispone el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta conclusión nos permite arribar a otra de mayor alcance, a saber: que la residencia del menor es el hecho generador o causa próxima de la tenencia de los hijos, tenencia que a su vez constituye el elemento material de los derechos de guarda y custodia. La residencia del menor, que no es sino el vínculo de hecho que lo une con la casa paterna, es lo que hace posible no sólo la tenencia física de los hijos, la relación directa sobre su persona, sino el cumplimiento de los demás deberes de los padres, especialmente los relativos a su cuidado y protección.

Cabe recordar, al respecto, que la noción de residencia designa el establecimiento de hecho de una persona en un lugar determinado.

A diferencia del paradero o asiento transitorio, se caracteriza por el asentamiento permanente o estable. Es, pues, la residencia, la sede estable de una persona, el lugar donde se encuentra de manera constante; como tal, no es necesariamente perpetua ni continua o ininterrumpida; por tanto, no se pierde por alejarse temporalmente de ella. La idea de abandono de la casa paterna, ha de entenderse así, como el cambio de residencia del menor sin autorización de sus padres, aunque esto sólo sea de hecho, pues para efectos legales su domicilio seguirá siendo la casa de aquéllos.

Consecuentemente, los menores sujetos a patria potestad pueden transitar libremente a otros sitios, hasta por un lapso prolongado, siempre que ello no implique el abandono de la casa paterna, pues esto sólo podrán hacerlo con autorización de sus padres. En casos de ausencia breve o efímera, o cuando se tiene la certeza de que el menor regresará al hogar paterno, resulta innecesaria dicha autorización. Así, pues, la posibilidad de que el menor pueda salir de su casa por un tiempo breve o prolongado, no implica que no se tengan los derechos de guardia y custodia, aunque su ejercicio disminuya de hecho. En algunos casos, la ausencia del menor puede llegar a liberar de responsabilidad a quien ejerce la patria potestad, cuando aquél se encuentra bajo la vigilancia y autoridad de otras personas o instituciones, aunque sea de manera temporal, como más adelante se examinará.

Veamos por lo pronto, en qué consisten los derechos de guarda y custodia. Por regla de hermenéutica constitucional,¹⁹ empezaré por su acepción gramatical. De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia, el vocablo guardar es un nombre común que se da a la persona que tiene a su cargo la conservación de algo. Por otra parte, la palabra custodiar, significa “guardar con cuidado y vigilancia”. Jurídicamente, existen diversas opiniones sobre dichos conceptos; así, por ejemplo, el *Diccionario Jurídico Mexicano* entiende por guarda a: “la acción de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia”.²⁰ López del Carril, en cambio, al definirla, señala que: “...comprende el conjunto de dere-

¹⁹ El artículo 14 *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “En los juicios del orden civil, la sentencia del orden civil deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley”.

²⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*, vocablo: guarda de los hijos, Acosta Lagunes, Iván, México, Porrúa, 1998, p. 1555.

chos-función que le corresponden al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”.²¹

La doctrina, cabe señalar, suele distinguir entre guarda material y jurídica del menor, siguiendo la terminología empleada en el derecho civil patrimonial. Dentro de esta corriente, puede ubicarse a Rivero de Arhancet, quien al respecto señala que:

El conjunto de relaciones personales vinculatorias de los padres con los hijos se lleva a cabo mediante la guarda que aquellos ejercen sobre éstos. La guarda en sentido amplio comprende:

a) *Guarda material o tenencia*: inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales, etcétera.)

b) *Guarda jurídica*: derecho de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia etcétera.²²

Desde este punto de vista, la guarda material implica la tenencia física de los hijos, y la implica a tal grado que ambos términos llegan a formar una sola entidad conceptual. En este sentido, el derecho de guarda consiste, medularmente, en la relación de proximidad entre padres e hijos; relación que no debe entenderse en términos absolutos, pues no se requiere que el hijo esté las 24 horas del día con sus padres, pero tampoco supone que éstos puedan abandonar al hijo aunque sea por un breve espacio de tiempo, si con ello ponen en peligro su vida o integridad física.

La proximidad tempo-espacial a la que me refiero, debe realizarse en la medida en que posibilite de manera eficaz el ejercicio de otros derechos-deberes como los de educación, cuidado, asistencia y alimentación. En este sentido, es dable afirmar que la guarda o tenencia de los hijos se da de manera espontánea y habitual, ya que padres e hijos residen habitualmente bajo un mismo techo. El derecho a domiciliar al hijo, contribuye así, a fijar el límite y la intensidad de los derechos-deberes de guarda y custodia. En suma, la asignación de los deberes a

²¹ López del Carril, Julio J., *op. cit.*, nota 15, p. 280.

²² Rivero de Arhancet, *cit.*, Howard, Walter, “Patria potestad. Representación y administración legales, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, julio-diciembre de 1999, t. 85, p. 289.

cargo de los padres o de quien los supla en el ejercicio de la patria potestad, sólo es posible porque la misma ley ha domiciliado al menor en la casa de aquéllos; de otra manera no se entendería cómo podrían cumplirse con todos y cada uno de esos deberes.

Cabe señalar que, la guarda jurídica, entendida como el derecho a cuidar, asistir, y vigilar al hijo, equivale al término “custodia” que emplea el Código Civil para el Distrito Federal; concepto este último que debe prevalecer, ya que la noción de guarda jurídica alude, en puridad lógica, a la tenencia que la ley le da a una persona respecto de un menor. Como quiera que sea, el contenido obligacional en ambos conceptos es el mismo, a saber, el derecho de cuidar y vigilar al menor hijo, o, más exactamente, de vigilarlo con cuidado.

Aclarado lo anterior, lo que importa ahora es dotar de significación jurídica al derecho de vigilancia. Para ello, preciso es recurrir al ordenamiento jurídico con la finalidad de encontrar la institución que pueda servir de parámetro para fijar su contenido y alcance, y así preservar la pureza jurídica que se busca en la delimitación. Lo anterior se logra, en este caso, a través del instituto de la responsabilidad civil por hecho de terceros, me refiero, específicamente, a la responsabilidad de los padres por hechos de sus menores hijos, por ser el apartado donde se estudia el deber de vigilancia de los padres a través de la noción culpa *in vigilando*.

Pues bien, al aludir al fundamento o razón de ser en este tipo de responsabilidad, Marcel Planiol ha explicado que:

El padre y la madre después del fallecimiento de éste, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que vivan con ellos.

La ley presume que el daño causado por culpa del menor no se habría producido de no mediar culpa en el cumplimiento del deber de educación y vigilancia que incumbe a aquéllos y que les permite hacer efectiva la autoridad que la ley les concede.²³

En este sentido, Zannoni, al abordar la responsabilidad de los padres, explica que:

Tradicionalmente esta responsabilidad se consideró como una necesaria consecuencia del deber de guarda que pesa sobre los padres. El fun-

²³ Planiol, Marcel *et. al.*, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Las obligaciones, México, Acrópolis, 1998, t. I, p. 861.

damento de la responsabilidad sería, entonces, la clásica *culpa in vigilando* de los progenitores, lo cual, eventualmente, los obliga a indemnizar a terceros de los daños causados por los menores sometidos a su patria potestad.²⁴

Ahora bien, una de las excepciones o excluyentes en este tipo de responsabilidad, consiste, precisamente, en que al momento de cometer un hecho ilícito, el menor esté bajo la vigilancia de personas distintas de las que ejercen la patria potestad, así lo establecen los artículos 1919 y 1920 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer que:

Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Artículo 1920. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces estas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

De acuerdo con lo anterior, es concluyente que los padres sólo son responsables si el menor que produjo un daño ilícito habita con ellos. El presupuesto de la responsabilidad, radica, en este caso, en no haber impedido la acción o el hecho antijurídico del menor a su cuidado, es decir, en haber dado lugar a una condición normalmente idónea para la producción del evento dañoso. El deber de vigilancia de los padres consiste, pues, en impedir o evitar los daños que pueda originar el menor o que le puedan sobrevenir a éste, lo cual se logra *prima facie* mediante el ejercicio adecuado de los derechos de educación y control; presunción que tiene como fundamento, la vida en común que padres e hijos realizan bajo un mismo techo; de tal suerte que el deber de vigilancia viene a ser el complemento de la obra educativa que realizan los padres o quien en su caso ejerce la patria potestad. La vigilancia, cabe anotar, debe realizarse no de manera ininterrumpida, sino habitual, porque habitual es la residencia del menor en la casa de sus padres, lo cual explica por qué en algunos casos la responsabilidad de éstos puede trasladarse a quien de hecho tenga la autoridad y vigi-

²⁴ Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil-derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. II, p. 725.

lancia del menor, aunque sólo sea por un breve lapso, según se desprende del artículo 1920 antes citado.

Con lo dicho hasta aquí, es dable afirmar que la guarda y custodia de un menor son derechos con vida propia, es decir, que pueden sustraerse de la patria potestad, sin que ésta necesariamente se pierda, lo cual se corrobora en los supuestos de guarda administrativa, custodia de hecho, o separación de los padres; hipótesis en las cuales la patria potestad subsiste en sus términos con independencia de que no se tenga el ejercicio de los derechos de guarda y custodia. Veamos a continuación en qué consiste cada una de estas hipótesis.

La guarda administrativa se presenta cuando los padres no pueden realizar las funciones propias de la esfera de su potestad y entregan al menor a una Institución pública o privada de asistencia social (artículo 443 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal), o bien, cuando la autoridad competente impone al menor infractor, como medida de tratamiento, su estancia en un hogar sustituto o en un establecimiento especial para su readaptación (artículos 114, 115, 116, 117, 118 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal).

La llamada custodia de hecho, tiene lugar, en cambio, cuando por cualquier circunstancia los padres ponen a su menor hijo al cuidado de otro pariente por un lapso prolongado, pudiendo terminar esta situación por decisión del pariente, por quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial (artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal). En este caso, la patria potestad no se pierde; los padres conservan sus derechos de convivencia y vigilancia, no así los relativos a la alimentación, educación y corrección del menor. En realidad, lo que se traslada en este caso es la guarda material del menor, y, por vía de consecuencia, su custodia, aunque esta última (entendida como el derecho de vigilancia) se ejerce de manera concurrente con los padres.

Finalmente, en caso de separación voluntaria de quienes ejercen la patria potestad, pueden éstos convenir los términos en que cumplirán sus deberes de guarda y custodia (artículos 273 fracción I, 380 y 416 del Código Civil para el Distrito Federal). En estos supuestos, la guarda material le corresponde generalmente a uno de ellos; el otro está obligado a colaborar con su alimentación, conservando los derechos de vigilancia y convivencia. En caso de desacuerdo o de divorcio necesario, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, teniendo en cuenta el interés superior

del niño, pudiendo ser compartida la guarda y custodia (artículos 282 fracción V, 283 y 416 del Código Civil para el Distrito Federal).

Debatida y rechazada por mucho tiempo, la llamada custodia alterna o compartida, es hoy una realidad legal en el Distrito Federal, aunque, fuerza es reconocerlo, cada vez es mayor el número de padres que luchan por tenerla, ante la inercia de los tribunales de asignarla casi siempre a la madre, lo cual ha contribuido a aumentar el crecimiento de hogares con jefatura femenina. Tan sólo en el año 2000, este tipo de hogares ascendía a 4.597,235, cifra considerable si tomamos en cuenta que un 5% del total de las mujeres mayores de doce años (6.674,674), son divorciadas o separadas.²⁵ Estos datos, aunados al fenómeno de la migración masculina, a las nuevas relaciones de pareja, a la reproducción *in vitro* y a la ectogénesis (desarrollo embrionario y fetal fuera del vientre humano), nos hacen pensar en un ejercicio de la patria potestad donde predomina la figura materna, lo cual apunta hacia el restablecimiento del derecho materno en las relaciones familiares.

No obstante ser una realidad, debe decirse que no existe todavía una definición exacta del concepto “custodia compartida”, al menos en nuestro derecho. En España, por ejemplo, el Movimiento de la Condición Paterna defiende vigorosamente la custodia alterna, entendida como la estancia del menor de un año como mínimo y dos como máximo, en la casa de uno de sus padres y después del otro. Según el movimiento, esta proposición busca considerar prioritariamente el interés de los niños que necesitan el amor de sus dos progenitores.²⁶

En estricto sentido, y de acuerdo con lo que se ha venido diciendo, la custodia compartida no puede tener otro significado que el ejercicio consuno de los padres respecto del deber de vigilancia del menor, con independencia de su guarda; y así se desprende de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, al mencionar que:

Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

...

²⁵ Véase <http://www.inegi.gob.mx>.

²⁶ Cfr. Zanón Masdeu, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 186 y 187.

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia.

Sin embargo, la claridad de dicho precepto se desvanece cuando en el artículo 283 se establece que:

La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquéllos, así como que no exista con algunos de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La redacción de dicho precepto es poco afortunada, porque no sólo confunde a la custodia con la guarda, sino que se innova el término “posesión de la custodia”, lo que viene a ensombrecer más la finalidad que persigue la noción “custodia compartida”. Todo parece indicar que, a diferencia del artículo 282, el legislador empleó, indistintamente, los términos guarda y custodia de los hijos, para significar la permanencia de éstos con sus padres, pues sólo de esta manera se puede explicar que el juez de lo familiar esté facultado para negarles la custodia, cuando considere que alguno de ellos representa un peligro potencial para el desarrollo del menor. Ciertamente, la custodia conlleva ordinariamente el derecho de guarda o tenencia de los hijos, pero no necesariamente; ya he dicho que pueden subsistir de manera separada. La solución aquí, no puede ser otra que entender a la custodia como el derecho de guarda, independientemente de sus diferencias teóricas y semánticas, pues sólo de esta manera se puede salvar la unidad y coherencia de la ley.

Ahora bien, por lo que hace al tiempo que se ha de compartir la guarda del menor, la noción de residencia habitual vuelve a ser un parámetro útil para su medición. La guarda compartida abarca, desde esta óptica, el tiempo en el que el menor reside habitualmente con uno

de sus progenitores; lo cual supone la permanencia de aquél en el domicilio de éste, y, por tanto, un periodo suficientemente amplio para que el padre guardador contribuya eficazmente a la educación, crianza y desarrollo de su menor hijo. De esta manera, queda descartada la idea de guarda o custodia compartida como una especie de guarda intermitente o fugaz, pues esto más bien correspondería estudiarse como una especie del derecho de visita o convivencia, lo cual, desde mi punto de vista, es inaceptable ya que lo único que generaría sería la inestabilidad emocional del infante. Sobre este punto, Mauricio Luis Mizrahi ha sostenido que:

Desde el ángulo psicoanalítico se ha destacado que el corte de continuidad afectiva, espacial y social puede llegar a ser nefasta para el infante que, convertido en un “hijo-juguete” podría sufrir un resentimiento en su estructura. Además se señaló el riesgo de desarrollar en el pequeño un “temperamento pasivo”, con peligro de que pierda el gusto por la iniciativa y se lesione su creatividad.

Pero no cualquier acuerdo alternado de guarda sería capaz de producir esos efectos. Por ello, la repulsa indiscriminada del sistema es inadmisibles, pues lo que hay que evaluar es si —tras la aplicación de ese régimen— se opera una variación sustancial en la vida del hijo.²⁷

Dicho lo anterior, me referiré ahora a los límites que el ordenamiento jurídico impone explícitamente al ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad. La primera restricción, y tal vez la más importante, es el interés superior de los menores sujetos a patria potestad, interés que tiene como fuente a la Constitución General (artículo 4o.), a la Convención Sobre los Derechos del Niño y específicamente al Código Civil para el Distrito Federal (artículos 282 fracciones V y VI, 380 y 417 del Código Civil para el Distrito Federal).

En opinión de López del Carril, el interés superior del niño:

se halla representado por el derecho de éste a su correcta formación física, moral o espiritual para lograr así en el futuro una persona normal, útil a sí mismo y a la sociedad, cualquiera sea el medio que se desenvuelva. Por ello, el interés del menor hace que éste deba estar y ser

²⁷ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Argentina, Astrea, 2001, pp. 422 y 423.

ajeno a todo hecho o acto que pueda provocar distorsión en cualquier aspecto y en cualquier momento.²⁸

En mi opinión, el interés superior del niño, por lo que se refiere a su persona, es todo lo que contribuye a mejorar o evitar un perjuicio en su esfera psicológica y biopsicosocial, tomando como base su edad y su estado de desarrollo físico e intelectual. Esta definición persigue tres objetivos fundamentales: 1. Liberar a la noción de interés del niño de cualquier aspecto subjetivo que dificulte su prueba judicial; 2. Cerrar hasta donde sea posible la facultad discrecional del juzgador por lo que a este punto se refiere, y 3. Afiliar dicha noción a una corriente del pensamiento científico. En este sentido, la definición que se propone toma como base las investigaciones de Jean Piaget²⁹ en torno a las etapas del desarrollo del individuo, respecto de las cuales el ilustre psicólogo enseña que:

Se pueden distinguir, en efecto, dos aspectos en el desarrollo intelectual del niño. Por una parte, lo que se puede llamar el aspecto psicosocial, es decir, todo lo que el niño recibe desde afuera, aprende por transmisión familiar, escolar o educativa en general y, además, existe el desarrollo que se puede llamar espontáneo, que para resumir denominaré psicológico, que es el desarrollo de la inteligencia propiamente dicha: lo que el niño aprende o piensa, aquello que no se le ha enseñado pero que debe descubrir por sí solo.³⁰

Así, pues, el límite más importante al ejercicio de la patria potestad, está fundado en el respeto a los intereses del menor. Los padres, como depositarios genuinos de todos y cada uno de los derechos que la integran, sólo encontrarán limitaciones a su ejercicio en el interés superior de sus hijos menores. Cabe señalar que, en el ámbito patrimonial, la superioridad del interés del menor, se traduce, obviamente, en todo aquello que mejore, incremente o evite un perjuicio en los bienes del menor, de acuerdo con el fin al que estén destinados, según se trate de un patrimonio familiar o civil, patrimonio especulación o patrimonio liquidación.

²⁸ López del Carril, Julio. J., *op. cit.*, nota 15, pp. 282 y 283.

²⁹ Psicólogo y pedagogo suizo (Neuchâtel, 1896-Ginebra, 1980).

³⁰ Piaget, Jean, *Estudios de psicología genética*, Argentina, Emecé, 1992, p. 10.

Entre otras restricciones importantes al ejercicio de la patria potestad, se pueden citar: el derecho que tiene el menor que ha cumplido dieciséis años, para contratarse laboralmente sin autorización de los padres y ejercitar las acciones que le correspondan (artículo 23 de la Ley Federal del Trabajo); el derecho de los menores para pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante (artículo 6o. de la Ley de Amparo); y, finalmente, las medidas de orientación (hogar sustituto o internamiento en centros especiales) que se imponen al menor como consecuencia de haber incurrido en una infracción penal (artículos 114, 115, 116, 117 y 118 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal).

Ahora bien, si la razón de ser de la patria potestad es el desarrollo integral de los hijos menores, lo que debe preocupar ahora, es replantear el modelo actual, con la finalidad de allegar a éstos los recursos necesarios para su subsistencia. Pienso, por ejemplo, en dos medidas que pueden contribuir a atemperar las carencias del hijo menor: la primera consiste en legitimar a los abuelos y hermanos mayores de edad, para que, con un interés propio y legítimo, coadyuven en el ejercicio de los deberes de educación y alimentación, reconociéndoles la posibilidad de visitar o convivir con el menor; la segunda medida consiste en regular la cesión del ejercicio del derecho de crianza o educación del menor, sin que ello sea causa de la pérdida de la patria potestad; caso en el cual podría cederse también la guarda y custodia (léase: custodia de hecho), conservando los padres los derechos de vigilancia, convivencia y visita. Los hogares sustitutos podrían ser una media eficaz en estos casos, en tanto mejora la fortuna de los padres. No se trata de eliminar o excluir a éstos de la titularidad de la patria potestad; antes bien, se trata de fortalecerla mediante alternativas menos drásticas que las de dar en adopción al hijo o abandonarlo a su suerte.

Esta última medida, parte del supuesto de que hay muchas personas que son capaces de concebir hijos pero que no pueden criarlos por falta de recursos, y que hay también muchas personas que desean criarlos por diversas razones. Se trata, pues, de apelar al sentimiento altruista de nuestra sociedad y de fomentar el espíritu de solidaridad y cooperación a favor de los menores desprotegidos.

En efecto, las razones históricas que se tuvieron en cuenta para reservar el ejercicio de la patria potestad a los padres, como fueron el

hecho de la procreación y la doctrina individualista que influyó a gran parte de nuestras instituciones jurídicas, han sido rebasadas por las crisis económicas cada vez más recurrentes y lacerantes por las que atraviesan miles de familias mexicanas. Frente a esta realidad, la institución de la patria potestad está llamada a transformarse para frenar los avatares e infortunios que sacuden a la parte más sensible y vulnerable de nuestra sociedad: la niñez.

V. CONCLUSIONES

1. La patria potestad es una institución jurídica en constante transformación. Aparece en el decurso de la historia como consecuencia del triunfo de la filiación paterna sobre el derecho materno. Su origen se encuentra en las sociedades patriarcales. Algunos de los aspectos que inciden en su perfil actual son: 1. Organización de la familia con base en la idea de poder (derecho romano); 2. Reconocimiento a la personalidad y dignidad del menor (Ilustración); 3. Institucionalización del poder paterno como sistema de derechos y obligaciones (Código de Napoleón-individualismo); 4. Reconocimiento de la mujer como titular de la patria potestad (feminismo), y 5. Interés del Estado en el desarrollo de las instituciones para la atención de la infancia (época actual).

2. Determinar el alcance de la patria potestad, supone delimitar su contenido con base en el texto y contexto de la ley. En tanto conjunto de derechos-deberes a cargo de los padres y a favor de los hijos, la patria potestad se deja ver como un sistema cerrado que no reconoce otros derechos que los que están expresamente previstos en la ley; sin embargo, como no toda controversia derivada de la relación paterno-maternafilial tiene un referente legal expreso, lo conducente es resolverla con base en los principios generales del derecho, con lo cual se abre la posibilidad de ampliar o restringir el marco jurídico de la patria potestad, más allá de su reglamentación explícita.

3. La ley señala con precisión cuáles son los derechos-deberes a cargo de los padres, empero, no los define. Esto, lejos de ser una insuficiencia, es indicativo de que no ha sido la intención del legislador diseccionarlos, sino que los ha dejado intencionalmente abiertos para que sean los padres o quien en su caso ejerza la patria potestad, quie-

nes fijen, en el ejercicio cotidiano de su función, su contenido y alcance, con lo cual se les reconoce un ámbito de autonomía privada que se traduce en un poder de elección o decisión sobre el modo o la forma en que han de dar cumplida realización a los deberes que la ley les impone. En caso de controversia corresponderá hacer la calificación al juez de lo familiar conforme a su prudente arbitrio. Sólo en este último sentido tiene cabida hablar del alcance de los derechos-deberes que conforman la patria potestad.

4. Los derechos de guarda y custodia tienen como presupuesto el domicilio del menor, que no es sino el domicilio de quienes ejercen la patria potestad, es decir, el lugar donde éstos residen habitualmente. Y es un presupuesto, porque los deberes que la ley asigna a los padres o a quien los suple en el ejercicio de la patria potestad, ha sido posible sólo porque la misma ley ha domiciliado al menor en la casa de aquéllos; de otra manera no se entendería cómo podrían cumplir los padres con todos y cada uno de dichos deberes. El derecho a domiciliar al hijo, contribuye además, a fijar el límite y la intensidad de los derechos-deberes de guarda y custodia, si se toma en cuenta que la ley no establece una medida exacta para su ejercicio, con lo cual quiero decir que si la residencia es habitual, los derechos de guarda y custodia han de ejercerse también de manera habitual o permanente, pero no incesante ni ininterrumpida ni mucho menos esporádica.

5. Un aspecto importante para fijar el alcance del derecho de guarda, es su delimitación conceptual, lo cual se logra con base en su acepción gramatical y su interpretación sistemática. La guarda se muestra, en este sentido, como la tenencia material de los menores, así lo reconoce, incluso, un amplio sector de la doctrina. Vista más de cerca, se diría que la guarda se desdobra en una relación de proximidad física entre padres e hijos, lo suficientemente cercana para posibilitar el cumplimiento de otros deberes como los de educación, asistencia, alimentación y vigilancia; cumplimiento que ha de darse de manera habitual, según se ha dicho. La custodia, por su parte, debe entenderse como el deber de vigilancia del menor. Su alcance puede y debe delimitarse con base en el concepto *culpa in vigilando*, aplicable en la responsabilidad civil por hechos de terceros. Por otra parte, debe decirse que tanto la guarda como la custodia, son derechos que pueden subsistir con independencia de la patria potestad, lo cual se corrobora a través de figuras como

la custodia de hecho, o bien, en hipótesis como las del divorcio voluntario o separación de los padres; supuestos normativos en los que uno de los progenitores puede conservar la patria potestad sin tener necesariamente la guarda y custodia del hijo menor.

6. Desde el punto de vista extrínseco, la limitación más importante al ejercicio de la patria potestad es el interés superior del niño, sobre todo cuando los padres están separados. Generalmente su definición se deja al prudente arbitrio del juzgador, lo cual no siempre es lo más conveniente, sobre todo en un sistema garantista. Para evitar injusticias e inmunizar al “interés superior del niño” del relativismo moral en el que pudiesen incurrir los jueces de lo familiar, es preciso dotar a dicha noción de una base científica que haga posible su prueba judicial y la unidad de criterios; en este sentido, ha de concebirse, por lo que hace a la persona del menor, como todo aquello que contribuye a mejorar o evitar un perjuicio a su esfera psicológica o biopsicosocial, teniendo en cuenta su estado de desarrollo físico e intelectual. En tratándose del patrimonio del menor, el interés superior podría enunciarse diciendo que es todo lo que incrementa o preserva el valor pecuniario de los bienes que le pertenecen, según los fines a los que están destinados.

7. Una restricción ideológica al régimen de la patria potestad, es la que emana de su herencia individualista y que limita su ejercicio judicial y extrajudicial a los términos de una relación jurídica entre padres e hijos, y sólo a falta de los primeros, los abuelos. Si la razón de ser de la patria potestad es en la actualidad el desarrollo integral de los hijos menores, lo conducente es replantear el modelo vigente con la finalidad de garantizar a éstos el proveimiento de los recursos necesarios para su subsistencia, incorporando como coadyuvantes de los padres a otros miembros de la familia, como pudieran ser los abuelos o los hermanos mayores de edad, a quienes, incluso, se les podría reconocer un interés propio y legítimo frente a la relación paterno-filial. Otra medida, consiste en reglamentar la posibilidad de ceder temporalmente el ejercicio del derecho de crianza o educación del menor, sin que ello traiga consigo la pérdida de la patria potestad; caso en el cual podría cederse también la guarda y custodia, conservando los padres los derechos de convivencia o visita. De lo que se trata es de encontrar alternativas que respondan a nuestra realidad económica y que no necesariamente impliquen el rompimiento de hecho o de derecho de la relación paterno-filial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cárdenas, 1994, t. II.
- Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1998.
- DUGUIT, León, *Teoría general del acto jurídico*, México, Editorial Cultura, 1922.
- ENGELS, Federico, *Origen de la familia. La propiedad y el Estado*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1992.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*.
- FUSTES DE COULANGES, Numa Denis, *La ciudad antigua*, trad. de M. Cigés Aparicio, Colombia, Panamericana, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, México, Porrúa, 1993.
- KIPP, Theodor y WOLF, Martin, *Tratado de derecho civil*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1979, vol. 2o., t. IV.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil, derecho de familia*, México, Porrúa, 1988, t. III.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Argentina, Astrea, 2001.
- MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma*, España, Turner, 2004, libros I y II.
- PETIT, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1971.
- PIAGET, Jean, *Estudios de psicología genética*, Argentina, Emecé, 1992.
- PLANIOL, Marcel *et. al.*, *Tratado práctico de derecho civil francés*, “Las Obligaciones”, México, Acrópolis, 1998, t. I.
- PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cárdenas editor, 1991, t. II.
- Revista de Derecho Privado*, núm. 8, mayo-agosto de 2004.
- Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay*, núm. 7 al 12, t. 85, julio a diciembre de 1999.
- ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch.
- ZANNONI A., Eduardo, *Derecho civil, derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

Leyes y Códigos

Code Civil des Francais, edition originale et seule officielle, Paris, Librairie Edouard Ducheim, 1804.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Hammurabi, México, Cárdenas editor, 1992.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal.

Ley Federal del Trabajo.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.