



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN
NICOLÁS DE HIDALGO**

**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**

**INSTITUTO DE LA JUDICATURA DEL CONSEJO DEL PODER
JUDICIAL JUDICIAL DEL ESTADO**

**TEMA: “LA PATRIA POTESTAD Y SU REGULACION EN EL
CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE MICHOACÁN”.**

TESINA
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
ESPECIALISTA EN IMPARTICIÓN Y
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

PRESENTA:
LIC. NETZAHUALCÓYOTL CORTÉS MERCADO

ASESOR: DOCTOR EN DERECHO, JOSÉ BECERRIL LEAL.



MORELIA, MICHOACÁN, MARZO 2018.

I N D I C E

Introducción

CAPÍTULO I

Conceptos fundamentales

1.1. Concepto de derecho familiar, sus elementos e instituciones que lo integran- - - - -	1
1.2. Elementos e instituciones que integran el derecho familiar- - - - -	2
1.2.1. Sujetos del derecho familiar - - - - -	3
1.3. Concepto de familia en sus diversas acepciones - - - - -	3
1.3.1. Aceptación etimológica - - - - -	3
1.3.2. Aceptación sociológica - - - - -	4
1.3.3. Aceptación jurídica - - - - -	4
1.4. Concepto de patria potestad.- - - - -	4
1.4.1. Fuente - - - - -	8
1.4.2. Objeto - - - - -	9
1.4.3. Características - - - - -	10
1.4.4. Cuáles son los sujetos sobre las que se ejerce - - - - -	13
1.4.5. Personas que pueden ejercerla - - - - -	13
1.4.6. El ejercicio de la patria potestad ante la separación de los sujetos que la detentan - - - - -	14
1.4.7. Derechos-deberes inherentes a la patria potestad - - - - -	15
1.4.8. Modos de suspender, perder, restituir y terminar la patria potestad - - - - -	17
1.4.8.1. Respecto a la suspensión - - - - -	17
1.4.8.2. Pérdida - - - - -	18
1.4.8.3. Restitución - - - - -	19
1.4.8.4. Terminación- - - - -	20
1.5 Algunas reglas procesales aplicables a los juicios civiles en donde se analizan cuestiones relativas a la patria potestad - - - - -	20

1.6. *Interés superior del menor* ----- 21

CAPÍTULO 2

Regulación jurídica del interés superior del menor

2.1 *Constitución Política Federal* -----23
2.2. *Convención de los Derechos del Niño* -----24
2.3. *Convención Americana* ----- 25
2.4 *Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes* ----- 25
2.5. *Constitución Política del Estado de Michoacán* ----- 26
2.6. *Código Familiar del Estado* -----27
2.7. *Ley de los Derechos de las niñas y los Niños del Estado de Michoacán* -----28
2.8. *Algunos criterios trascendentales emitidos por los Tribunales federales en torno al interés superior del menor.* -----29

CAPITULO 3.

La patria potestad y su relación con otras figuras jurídicas.

3.1 El interés superior del menor -----32
3.2 La existencia de un ordenamiento legal nacional que permita que cualquier familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral (Código Civil del estado de México)- ---34
3.3. El fallecimiento de cualquier familiar que de acuerdo con la ley debe ejercer la patria potestad -----36
3.4. El desinterés de tales personas para ejercer la patria potestad -----37
3.5. La conducta procesal de las partes o terceros que intervienen en el juicio -----37
Conclusiones -----39

RESUMEN

El objetivo central de esta investigación fue la de determinar cuáles son los elementos que se deben tomar en cuenta para que un familiar distinto de los previstos en el artículo 391 del Código Familiar del Estado de Michoacán, ejerza la patria potestad de un menor de edad, ante el fallecimiento o desinterés de las personas autorizadas para tal efecto.

Para lo cual se analizó la institución de la patria potestad desde el punto de vista doctrinal y jurisdiccional, su regulación en el Código Familiar de Michoacán y su comparativo con el Código Civil del Estado de México, así como la influencia que tiene el interés superior del menor en el análisis de aquella institución.

En este sentido, el citado artículo 391 Código Familiar de esta Entidad, establece quiénes son las personas que pueden ejercer la patria potestad (el padre y la madre, el abuelo y la abuela paternos, o el abuelo y abuela maternos), empero, no plantea la posibilidad de quién o quiénes pueden ejercerla cuando no existe ninguno de los previstos en la ley o bien que existiendo alguno, no tengan interés en ejercerla; lo cual pudiera contravenir el interés superior del menor, de ahí su trascendencia.

Por su parte, la obra denominada *Temas Selectos de Derecho Familiar. Patria Potestad Volumen 2*, establece que: la patria potestad tiene su origen permanente y su fundamento en la filiación, pues se trata de una institución derivada del vínculo paterno-materno filial; por ello es en atención a dicho vínculo que se impone a los padres ciertos deberes para con sus hijos -como los de protegerlos y cuidarlos- y ciertos derechos -como los de administrar sus bienes y corregirlos-, derechos y deberes que, ante la falta o impedimento de los padres, pueden recaer en los abuelos o, excepcionalmente, en los parientes consanguíneos colaterales o adoptantes del menor.

En cambio, el Código Civil del Estado de México¹ Establece que: “La patria potestad se ejerce en el siguiente orden: I. Por el padre y la madre; II. Por los abuelos; III. Por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral. Tratándose de controversia, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor”. Lo referido en este código se encuentra corroborado por criterios de algunos tribunales federales, que otorgan la facultad a un pariente consanguíneo diverso a los previstos en la ley para que pueda ejercer la patria potestad.

Finalmente, se concluyó que es dable que cualquier familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral, pueda ejercer la patria potestad de un menor de edad, atendiendo al interés superior del menor, los diversos ordenamientos internacionales -Convención Americana, entre otros-, y algunos factores procesales.

Palabras clave: 1. Menor, 2. Interés superior, 3. Patria potestad, 4. Convención Americana; y, 5. Conducta procesal.

Palabras clave.

1. Menor de edad: individuo que no ha alcanzado la mayoría de edad y como tal debe ser protegido y mantenido por sus padres o tutores.

2. Interés superior: principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

3. Patria potestad: conjunto de derechos, facultades y obligaciones que, con base en la relación paterno-filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan cumplir satisfactoriamente, los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físico, moral y social, que tiene para con ellos.

4. Convención Americana: los tratados internacionales ratificados por nuestro país en donde también se tutelan los derechos humanos, particularmente el derecho de familia y más aún el interés superior del menor.

5. Conducta procesal: procesal es un elemento básico para la resolución de los negocios judiciales, puesto que proporciona elementos objetivos de convicción al juzgador para conocer cuál es el verdadero interés de las partes en la controversia, respecto al derecho sustantivo en disputa.

ABSTRACT

The main objective of this investigation was to determine which were the elements that must be considered in order to make a family member different from those provided in the article 391 of the Family Code of the State of Michoacán, exercise paternal authority of one minor, before the death or disinterest of the people authorized for this purpose.

For which, the institution of the paternal authority was analyzed from the doctrinal and jurisdictional point of view, its regulation in the Family Code of Michoacán and its comparative with the Civil Code of the State of México, as well as the influence that the higher interest of the child has in the analysis of that institution.

In that sense, the aforementioned article 391 of the Familiar Code of this Entity, establishes which are the people that can exercise the paternal authority (the father and the mother, the paternal grandfather and grandmother, or the maternal grandfather and grandmother), however, it does not present the possibility of who can exercise it when there is no one of the provided for it in the law, or even thought, if it exists any of them and they are not interested in exercising it; which could contravene the superior interests of the child.

On the other hand, the work called *Selected Topics of Right of Family. Paternal Authority Volume 2*, establishes that: the paternal authority has its permanent origin and its foundation in the filiation, because it is an institution derived from the paternal-maternal filial link. For that reason, it is in attention to this link that law imposes the parents certain obligations with their children -like protecting them and taking care of them- and certain rights -like managing their assets and correcting their behavior-, rights and obligations that, in the absence or impediment of the parents, could fall on the grandparents, or exceptionally, on the collateral blood relatives or the adopters of the minor.

Nevertheless, the Civil Code of the State of Mexico establishes that: “the paternal authority is exercised in the following order: I. for the father and the mother; II. For the grandparents; III for the blood relatives up to the third collateral degree. Dealing with that controversy, the Judge will decide, taking into consideration the interests of the minor”. The aforesaid assumption in this code corroborated by the criteria of some federal courts, which grant the faculty to a blood relative different from those provided by law to exercise the paternal authority.

In conclusion, any blood relative up to the third collateral degree, could exercise the paternal authority of a minor, attending to the higher interest of the child, several international legal systems - Inter-American Convention, among others-, and other procedural factors.

INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación se analizará la institución de la patria potestad desde el punto de vista doctrinal, jurisdiccional y constitucional, su regulación específica en el Código Familiar del Estado de Michoacán y su comparativo con el Código Civil del Estado de México, la injerencia que tiene el interés superior del menor en el análisis de esta institución.

Así, el Código Familiar para el Estado, prevé en su artículo 391, quiénes son las personas que pueden ejercer la patria potestad (el padre y la madre; el abuelo y la abuela paternos, o el abuelo y abuela maternos), empero, no plantea la posibilidad de quién o quiénes pueden ejercerla cuando no existe ninguno de los previstos en la ley o bien que existiendo alguno, no tengan interés en ejercerla; lo cual pudiera contravenir el interés superior del menor, de ahí su trascendencia.

En este sentido, la investigación deriva de un hecho jurídico sucedido ante un órgano jurisdiccional en donde una determinada persona que se ostentó y acreditó ser tío materno del menor "X", de 12 doce años de edad, presentó formal demanda en la vía sumaria familiar, sobre pérdida de la patria potestad, frente al padre del menor, quien argumentó que a la fecha de presentación de la demanda ya había fallecido la madre del menor y los abuelos paternos, restando únicamente el padre del niño y los abuelos paternos, personas que pudiendo ejercer la patria potestad no estaban interesadas en realizarlo.

Razones por la patria potestad en la doctrina cobra una gran relevancia, así la obra denominada Temas Selectos de Derecho Familiar. Patria Potestad Volumen 2², señaló que: la patria potestad tiene su origen permanente y su fundamento en la filiación, pues se trata de una institución derivada del vínculo paterno-materno filial; luego, es en atención a dicho vínculo que se impone a los padres ciertos deberes para con sus hijos -como los de protegerlos y cuidarlos- y ciertos derechos -como los de administrar sus bienes y corregirlos-, derechos y deberes que, ante la falta o impedimento de los padres, pueden recaer en los abuelos o, excepcionalmente, en los parientes consanguíneos colaterales o adoptantes del menor.

Para el Código Familiar del Estado, la patria potestad es una institución del derecho de familia que reconoce como un estado jurídico que implica derechos, deberes y obligaciones para los padres, los abuelos y los hijos o nietos quedando superada la noción de que la patria potestad era un derecho que tuviera, para beneficio de su interés privado, un ascendiente sobre el menor de edad, pues más bien se trata de una figura jurídica que implica un conjunto de facultades, deberes y obligaciones que tienen como finalidad la asistencia, el cuidado y la protección de las personas que se encuentran en minoría de edad no emancipadas, cuestión de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada, por lo que quien ejerza la patria potestad debe dar al menor mejor desarrollo moral, educativo, social, económico y familiar, atendiendo siempre al interés superior del infante.

En cambio, el Código Civil del Estado de México³ Establece que: “La patria potestad se ejerce en el siguiente orden: I. Por el padre y la madre; II. Por los abuelos; III. Por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de Derecho Familiar 2. Patria Potestad, México, 4^a ed., junio 2013.

³ TÍTULO SÉPTIMO denominado “De la Patria Potestad”, CAPÍTULO I llamado “De los efectos de la Patria Potestad”; artículo 4.204.

Tratándose de controversia, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor”.

Paralelamente, existen algunos criterios sostenidos por los tribunales federales, como la tesis aislada sostenida por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del rubro⁴ “PATRIA POTESTAD. CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDAR SE LE CONCEDA SU EJERCICIO, QUIEN SOLO TIENE PARENTESCO ESPIRITUAL CON UN MENOR”. Que otorgan la facultad a un pariente consanguíneo diverso a los previstos en la ley para que pueda ejercer la patria potestad.

Por tanto, el objetivo central de esta investigación será determinar cuáles son los elementos que se deben tomar en cuenta para que un familiar distinto de los no previstos en el artículo 391 del Código Familiar del Estado de Michoacán, ejerza la patria potestad de un menor de edad, ante el fallecimiento o desinterés de las personas autorizadas para tal efecto.

⁴ Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 64, Cuarta Parte. Materia(s): Civil. Página: 43. Séptima Época. Registro: 241719.

CAPÍTULO 1

Conceptos fundamentales

SUMARIO: 1.1. *Concepto de derecho familiar, sus elementos e instituciones que lo integran.* 1.2. *Elementos e instituciones que integran el derecho familiar.* 1.3. *Concepto de familia en sus diversas acepciones.* 1.4. *Concepto de patria potestad.* 1.5 *Algunas reglas procesales aplicables a los juicios civiles en donde se analizan cuestiones relativas a la patria potestad.* 1.6. *Interés superior del menor.*

1.1. Concepto de derecho familiar, sus elementos e instituciones que lo integran

A través de este capítulo, se abordarán los principales conceptos de las instituciones familiares que nos permiten sentar las bases para el estudio de la presente investigación.

Pues bien, para Carlos I. Muñoz Rocha el derecho familiar se define como: ¹

La rama autónoma del derecho que comprende un conjunto de normas de orden público e interés social que regulan todo lo relacionado con los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de sus miembros.

Por su parte para Diego Zavala Pérez, el derecho familiar: ²

Es la parte del derecho civil que organiza a la familia como núcleo social fundamental, crea y regula las instituciones para su estabilidad y cumplimiento de sus fines, norma la disolución matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y su promoción humana.

En tanto que, Rafael Martínez Morales en su obra *Diccionario Jurídico General* define al derecho familiar de 3 tres formas:³

¹ Muñoz Rocha, Carlos I, *Derecho Familiar*, Oxford. México, 2013, p. 7.

²Ídem.

1. Rama del derecho civil que estudia o regula las relaciones jurídicas que existen en el grupo formado por cónyuges e hijos.
2. Conjunto de normas jurídicas referentes a la estructura, derechos y obligaciones de un matrimonio y sus dependientes económicos.
3. Derecho de la parentela, linaje o estirpe.

Finalmente, Mario Magallón Ibarra define al derecho familiar como:⁴

El conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.

En resumen, desde mi perspectiva el derecho familiar es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado e interés público que autónomamente regulan a la familia y las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros.

1.2. Elementos e instituciones que integran el derecho familiar.

El autor Carlos I. Muñoz Rocha refiere que para la doctrina francesa el derecho de familia comprende las siguientes instituciones:⁵

1. La constitución de la familia, que a su vez abarca:
 - 1) El matrimonio.
 - b) Las capitulaciones matrimoniales.
 - c) El concubinato.
2. La organización de la familia, dentro de ésta se estudian:
 - a) Las relaciones entre cónyuges.
 - b) El régimen sobre los bienes.
 - c) El parentesco.
 - d) La filiación.
 - e) La adopción.
 - f) Los alimentos.
 - g) La patria potestad.**
 - h) La tutela.
 - i) La curatela.
 - j) El patrimonio familiar.
3. La disolución de la familia. Comprende el divorcio.

Es necesario señalar que en nuestro país las instituciones son las mismas, al respecto basta con remitirnos al Código Familiar del Estado, para darnos cuenta de ello.

³ Martínez Morales, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, IURE Editores, México 2007, p. 435.

⁴ Magallón Ibarra, Mario, *Compendio de Términos de Derecho Civil*, Porrúa y Universidad Autónoma de México, México 2004, p. 169.

⁵ Muñoz Rocha, Carlos I, *Derecho Familiar*, Oxford. México, 2013, p. 10.

1.2.1. Sujetos del derecho familiar

Los sujetos del derecho familiar son las personas que integran el núcleo familiar, siendo estos: los parientes ya sean consanguíneos, adopción o afinidad; los cónyuges, concubinos o convivientes; los que ejercen la patria potestad y las personas o menores sujetos a ella; los tutores y los incapaces; así como las instituciones tutelares que prevé el derecho de familia; los curadores y los custodios; en la especie y por ser materia del presente trabajo de investigación nos avocaremos a las personas que ejercen la patria potestad y las personas o menores sobre las que se ejerce.

Cabe señalar que con los sujetos antes referidos también coinciden otros autores como Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzán Jiménez, quienes en su obra denominada Derecho Familiar precisan como parte del contenido del derecho las relaciones paterno-filiales y las derivadas del parentesco, los derechos de los incapaces y el matrimonio, su extinción y su normatividad.

1.3. Concepto de familia en sus diversas acepciones

1.3.1. Aceptación etimológica

El vocablo familia ha tenido diversas connotaciones en el tiempo y en el espacio; en este sentido Javier Tapia Ramírez dice que el vocablo familia⁶ deriva de la palabra *famulus*, que procede del osco *famel*, cuyo significado es *siervo*, y más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación; en consecuencia, alude que familia es el conjunto de personas, sirvientes y esclavos que habitan con el señor de la casa.

⁶ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2013, p. 11.

1.3.2. Aceptación sociológica

Para Carlos I. Muñoz Rocha la familia desde el punto de vista sociológico⁷ es un grupo social de interacción que coopera económicamente en las tareas cotidianas ligadas al mantenimiento y protección de sus miembros.

Mientras que para el citado Javier Tapia Ramírez⁸, es una institución natural permanente, integrada por un conjunto de personas ligadas por el amor, la ayuda, la sobrevivencia y por vínculos jurídicos cuyo origen es la interrelación sexual y el parentesco.

1.3.3. Aceptación jurídica

En este sentido considero prudente traer a colación el concepto que al respecto precisa el Código Familiar del Estado, que establece que:

La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad.

Concepto que considero es completo, porque engloba las acepciones jurídicas y sociales, que involucra a todos aquellos que forman parte de una familia cuya conformación interesa al Estado por ser la base de la sociedad.

1.4. Concepto de patria potestad

Otro de los conceptos más trascendentales en el derecho familiar es el relativo a la patria potestad.

En este sentido se tiene que la palabra patria deriva del latín *patrius*, patria, *patrium*, que refieren al padre, y *potestas*, que significa potestad⁹.

Desde el punto de vista gramatical, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra Temas Selectos de Derecho Familiar, aduce que la palabra

⁷ Muñoz Rocha, Carlos I., *op. cit.*, p. 14.

⁸ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 11.

⁹ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil. Derecho Familiar*, México, Pac, 2008, t I, p. 261.

padre tiene diversas acepciones, entre las que destacan las de “varón o macho que ha engendrado” y “cabeza de una descendencia, familia o pueblo”; mientras que por “potestad” se entiende, dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”. Por tanto, señala que puede considerarse como el poder o facultad conferida al varón que ha engendrado.

En el ámbito de la doctrina son varias las definiciones que se han emitido en torno a esta institución.

Así Baqueiro Rojas y Buen Rostro Báez la define¹⁰ como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o a la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación (formación).

Por su parte, Rafael de Pina, la define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria¹¹.

Mientras que Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzán Jiménez refieren que:

La patria potestad es una institución de Derecho Familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella¹².

Remontándonos al derecho romano, en la obra denominada compendio de términos de derecho civil, se define como el poder que correspondía *al padre* -por ser magistrado doméstico- con autoridad suprema en el seno de la familia y la

¹⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Derecho Civil, Familia”, en Cielito Bolívar, Galindo (Comp), Patria Potestad, Temas Selectos de Derecho Familiar. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, p. 10.

¹¹ Ídem.

¹² De la Mata Pizaña, Felipe y Garzán Jiménez Roberto, Derecho de Familia, México, Porrúa, México, 2004, p. 19.

consecuente subordinación a él por parte de los hijos, ese poder de hecho, la ley romana se lo atribuyó de derecho; pero no para ejercerlo con capricho y arbitrariedad, sino para que pueda guiar a la familia según sus propias aspiraciones, su recta conciencia y la voz interior del amor filial. Era –a la vez- no sólo un derecho, sino también un deber, pues implicaba además de la tutela sobre los familiares su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio. De ahí que, era el poder que correspondía al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil; pero sólo podía ejercerla el ciudadano romano sobre sus descendientes.

A partir del siglo II de la era cristiana se atenúa el poder riguroso de la patria potestad y se presenta una reacción contra la autoridad absoluta del jefe de familia; debilitándolo para constituir una facultad simple de corrección hasta invertirse del privilegio que se atribuía al padre, en la obligación de protección a su cargo. “Actualmente se le considera como una función que corresponda a quienes tienen la paternidad, y en concordancia a esa responsabilidad, se impone a padres e hijos como un deber de respeto y consideración mutua, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

Continuando con este concepto, Javier Tapia Ramírez en su obra Derecho de Familia, otorga varios significados, entre ellos uno jurídico-biológico al señalar que la patria potestad es una institución jurídico natural, de orden e interés público, que otorga a los progenitores la autoridad para proteger, asistir y representar a sus menores hijos, a sus bienes, y a velar por su sano desarrollo, mientras no cumplan la mayoría de edad, contraigan nupcias o sean incapaces. O bien, es una relación paterno filial que concede el derecho-deber a los padres para velar por la persona y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad, no se hayan emancipado, o bien, sean incapaces.¹³

Expuesto lo anterior, hago mía la definición emitida por Ignacio Galindo Garfias -citado en la obra Temas Selectos de Derecho de Familia-Patria

¹³ Tesis Ia. XCII7/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, TXXII, septiembre de 2005, p. 298. Reg. IUS 177,233.

Potestad¹⁴, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación- quien 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 habidos fuera de él o de hijos adoptivos cuyo ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil) y que puede definirse como la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados, debiendo tener presente que aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

En mi concepto esta definición es más completa, pues involucra a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, así como a los adoptivos, y se ve a esta institución no como una potestad sino como una cuestión inherente a la paternidad y a la maternidad. En este mismo concepto se han pronunciado los tribunales de la Federación, en sus criterios de interpretación, ya que se han ocupado en definir a la patria potestad como: "... un complejo funcional de derechos y obligaciones, dirigido a lograr la formación integral del menor a partir de la intervención de los padres que ejercen su derecho derivado de la relación natural paterno-filial, de proteger y educar a sus descendientes directos...".¹⁵

Como puede verse, la patria potestad ha sido objeto de análisis doctrinal, legal y jurisprudencial y con apoyo en los conceptos que hasta ahora se han pronunciado es que el de la voz me permito formular, la que pudiera ser la más idónea para la hipótesis que en esta investigación se pretende resolver; esto es, que la patria potestad se define como:

El conjunto de derechos, facultades y obligaciones que, con base en la relación paterno-filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de Derecho Familiar 2. Patria Potestad. , México, 4ª ed., junio 2013. p. 11.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de Derecho Familiar 2. Patria Potestad. , México, 4ª ed., junio 2013. p. 11.

cumplir satisfactoriamente, los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físico, moral y social, que tiene para con ellos.

1.4.1. Fuente

Como se ha precisado en párrafos anteriores, la patria potestad tiene su base o fundamento esencial en la filiación, la cual, a su vez, encuentra su origen en el fenómeno biológico de la procreación.

En este tenor, el fenómeno biológico de la reproducción encuentra su expresión en el derecho a través de instituciones como la filiación, pues jurídicamente se conoce como tal “la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo”¹⁶ y que, por ende, genera la maternidad y la paternidad.

Por tanto, se define a la filiación como “el vínculo que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquél”, la cual surge con el nacimiento, aunque también puede establecerse posterior a él ante el reconocimiento que haga el padre o la madre”, lo que da pauta para hablar de dos tipos de filiación, a saber”¹⁷:

Extra matrimonial o natural. Es la que surge tratándose de hijos procreados fuera de matrimonio, de manera que se está en presencia del vínculo que une al hijo con sus padres, entre quienes no existe un vínculo conyugal. De lo que se deduce que en esta hipótesis la filiación de hijos con la madre es por el hecho del nacimiento, pero, respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o, en su defecto, por una sentencia que declare la paternidad.

Matrimonial o legítima. Es la que surge entre padres unidos en matrimonio y sus hijos, esto es, el vínculo que se crea entre el hijo nacido y/o concebido dentro de un matrimonio y sus padres.

El autor Mario Magallón Ibarra, en su obra “Compendio de Términos de Derecho Civil” establece que la filiación es la relación que existe entre personas

¹⁶ *Ibidem*, P. 29.

¹⁷ *Ídem*.

que descienden de un mismo tronco o progenitor común. Genera la maternidad y la paternidad. Coincide en que la filiación puede ser de diversas clases: legítima, tiene su fuente en el matrimonio; la natural, relativo a los hijos habidos fuera de matrimonio.

También contempla a diferencia del autor anterior, la filiación adoptiva cuya fuente consiste en el acto jurídico a través del cual una persona adulta -satisfechos los requisitos de ley- adopta a un menor o incapacitado.

Expuesto lo anterior, es dable concluir que la fuente esencial de la patria potestad -en mi concepto- es el hecho natural de la paternidad y la maternidad, pero también de la filiación adoptiva -dado que en nuestro Código Familiar de la Entidad, es equiparable a la consanguínea- pues la atribución de la patria potestad de los menores a sus progenitores descansa en cuestiones de orden natural, ético y social que hacen de los padres las personas idóneas para cumplir con la función protectora de sus hijos.

No obstante, no debe perderse de vista que en caso de que los padres del menor falten o se encuentren imposibilitados para ejercerla, el legislador para no dejarlo desprotegido, estableció otros parientes que derivados de la filiación: los abuelos paternos o maternos, indistintamente; pueden desempeñar la institución de la patria potestad. En mi concepto, cualquier otro pariente consanguíneo, puede fungir como garante del menor en ejercicio de la patria potestad.

1.4.2. Objeto

A diferencia de lo que pasaba en el derecho romano -que consideraba la patria potestad en beneficio del paterfamilia- actualmente busca la protección del menor y se establece en su provecho y beneficio y, por ende, no se ve más como un derecho de los padres, sino como una función obligatoria que deben ejercer en bien de sus hijos. Esto es, que más que un poder, es actualmente la patria potestad es una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que -se reitera- tuvo

en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor.

En la definición emitida por Muñoz Rocha se precisan los objetivos y fines de la patria potestad, los cuales son coincidentes con los establecidos en el ordenamiento familiar del Estado, concretamente en los numerales 395, 396, 397 y 403, relativos a que la patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos y nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos; dicha protección se extiende también a los bienes de los descendientes; que los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes, a quienes corresponda ejercerla conforme a la ley; la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

Bajo este panorama, los derechos y facultades que comprende son medios para cumplir con los deberes y obligaciones inherentes a ella, es decir, instrumentos para que puede cumplirse la función de alimentar, cuidar, proteger y educar a quienes no han alcanzado la mayoría de edad.

En conclusión, la patria potestad tiene, por tanto, una finalidad tuitiva, y es el interés del menor el que determina la existencia, contenido y desarrollo de la institución.

1.4.3. Características

Las características de la patria potestad son tantas como diversos autores hablan de la patria potestad; en el presente caso enunciaré y definiré las que para el de la voz son las más importantes, de acuerdo con la obra editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, intitulada “Temas Selectos de Derecho Familiar 2. Patria Potestad”; siendo estas las siguientes:

- a) Se ejerce en interés del niño. Se debe ejercer siempre en pro del sujeto a ella, y no de quienes la ejercen, pues -se insiste- más que un poder o derecho previsto en interés de quien la ejercita, es una institución que

tiene una función protectora de las personas durante su minoría de edad.

- b) Función social trascendente. Tomando lo referido por los Tribunales Federales, la sociedad está interesada en la mejor formación posible de los ciudadanos a partir de la familia, formación que, en gran medida, se logra mediante el adecuado ejercicio de la patria potestad.
- c) De orden público. El logro de la finalidad perseguida por la patria potestad, que puede verse como la función protectora de los menores, interesa no sólo a quienes detentan la patria potestad, sino a todo el grupo social, por ende, es de orden público.

Lo anterior es corroborado por la tesis aislada del rubro y texto siguiente:

“MENORES. SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO”.

Que establece que en materia de derecho público existe un objetivo muy claro sustentado en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, consistente en implementar mecanismos eficaces de protección de los menores y en forjar una sólida cultura jurídica respetuosa de los derechos humanos en torno al derecho familiar, y en especial del de los niños.

- d) Se puede limitarse, suspenderse o declararse su pérdida por mandato judicial. Respecto de los cuales no se ahondará más dado que es un tema que se abordará en párrafos posteriores
- e) Su ejercicio se constriñe a ciertos límites. Si bien su titular tiene libertad respecto a la manera en que ejerce los derechos y facultades inherentes a ella, dicha libertad se encuentra circunscrita a los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.
- f) Se rige por principios de respeto y mutua consideración. De conformidad con la legislación sustantiva civil, tanto federal como local, en las

relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración.

- g) Se forma por elementos estáticos como dinámicos. Los primeros se refieren a la titularidad y a la potencialidad, mientras que los segundos lo constituye el ejercicio. La titularidad se refiere al padre y la madre, la potencialidad se refiere al derecho que conservan los abuelos que no han perdido la patria potestad, sino que jurídicamente la desempeñan o dinamizan los progenitores. El ejercicio es poder decidir a través de la conducción de hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva.
- h) Imperativa. No existe para quienes la detentan, la libertad para ejercerla o no, se trata de una función obligatoria que deben desempeñar.
- i) Imprescriptible. Los derechos y deberes derivados de la patria potestad no prescriben no se extinguen por el transcurso del tiempo.
- j) Irrenunciable. Las personas a quienes corresponde su ejercicio no pueden renunciar a él; su renuncia implicaría que el abandono del deber de guarda y custodia de los hijos, lo que perjudicaría los derechos de los menores que se encuentran sujetos a ella. La otra razón, es porque su ejercicio es de orden público, lo que implica en que el Estado está interesado en su ejercicio.
- k) Personalísima. Es decir, inherente al sujeto al que corresponde su ejercicio.
- l) Temporal. Tiene una duración determina, pues se extingue con la mayoría de edad del hijo.

Paralelamente, para el autor Javier Tapia Ramírez¹⁸ las características de esta institución son: 1) de orden público, 2) irrenunciable, aunque excusable en algunos casos, 3) imprescriptible, 4) temporal, 5) intransmisible, y 6) gratuita.

Finalmente, para Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez¹⁹, sus características son las siguientes: Irrenunciable, imprescriptible, temporal, inalienable y de tracto sucesivo.

1.4.4. Cuáles son los sujetos sobre las que se ejerce

Sin duda alguna los sujetos sobre los que se ejerce la patria potestad se refieren a los hijos menores de edad no emancipados. Remitiéndonos a lo que establece el artículo 396 del Código Familiar del Estado, dispone que los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda ejercerla conforme a la ley.

1.4.5. Personas que pueden ejercerla.

En primer término, se tiene a los padres fundado en la naturaleza de la relación paterno filial y sólo ante la falta o impedimento de alguno de ellos compete ejercerla al otro de manera unilateral, Entendiendo que cuando se habla de padres, esto es, con entera independencia de que se encuentren unidos o no en matrimonio.

En segundo término, a falta de ambos padres a los abuelos paternos o maternos, indistintamente.

También a los adoptantes corresponde el ejercicio de la patria potestad -entendiendo que la adopción es un acto jurídico en virtud del cual, una persona a la que se le conoce como adoptante, recibe como hijo a otra, denominado adoptado, generando entre ellos derechos y obligaciones-, con motivo de la adopción surge entre adoptante y adoptado relaciones análogas a las que resultan

¹⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2013, p. 11.

¹⁹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez Roberto, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, México, 2004, p. 398 y 399.

de la filiación legítima, y es por ello que aquél le corresponde ejercer la patria potestad sobre éste.

Finalmente, a los parientes consanguíneos colaterales.

Por regla general, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los sujetos señalados, esto es, padres, abuelos y, en su caso, adoptantes.

Sin embargo, una excepción a la regla se encuentra prevista en el contenido del precepto 4.204 del Código Civil del Estado de México, publicado el 7 siete de junio del 2002, precisa que:

“Artículo. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por los abuelos;
- III. Por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.
Tratándose de controversia, el Juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor.

Como puede apreciarse en el numeral anterior, además de los padres y los abuelos, pueden ejercer la patria potestad sobre el menor sus parientes consanguíneos, en línea colateral, hasta el tercer grado, esto es, sus tíos, tanto paternos como maternos.

Al respecto, cabe señalar que esta última disposición es la que constituye la base del presente trabajo de investigación, como se pondrá de manifiesto al ocuparnos de los capítulos tercero y cuarto capítulo.

1.4.6. El ejercicio de la patria potestad ante la separación de los sujetos que la detentan

Este es otro tema de suma importancia porque como se ha visto esta institución se maneja de manera conjunta por ambos padres sin que sea impedimento que estén separados. Así por ejemplo, en el caso de un divorcio, lo normal es que los ex cónyuges mantengan la patria potestad del menor, aunque, en tratándose de la custodia, la regla es distinta, pues, respecto a esta última, lo común es que, en

aras del bienestar y adecuado desarrollo de los niños, la custodia se otorgue a uno solo de ellos.

En conclusión la patria potestad la pueden ejercer ambos padres estén o no unidos en matrimonio, excepto que exista una causa por la cual se le impida a uno de los padres ejercerla.

1.4.7. Derechos-deberes inherentes a la patria potestad

Guarda y custodia. Entre los derechos inherentes a la patria potestad, se encuentra, la guarda y custodia del menor, pues el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de las facultades inherentes a esa institución conllevan la convivencia del niño con quien detenta el ejercicio.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la guarda y custodia implica esencialmente, “la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad”, prerrogativa que afirma no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión, es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos físicamente y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

En tanto que Diego H. Zavala Pérez la define como:²⁰

Custodia se deriva se deriva del latín custos que significa guardia o guardián y éste a su vez deriva de curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es, por lo tanto, la acción y efecto de custodiar, o sea guardar con cuidado alguna cosa. Hay quienes hablan de guarda, de custodia, de guarda y custodia, y aún, de tenencia.

En este sentido afirma dicho autor, que lo primero que se afirma de la custodia es que consiste en tener consigo al menor, empero que su alcance es mucho mayor que una proximidad física, es un derecho –deber de tener consigo aún menor, convivir con él para educarlo y brindarle apoyo-, lo cual lleva implícita la facultad de orientación y corrección.

²⁰ Zavala Pérez, Diego H, Derecho Familiar, Ed. 3ª, Porrúa, México, 2011, p. 336 y 337.

Finalmente, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, refiere que:²¹

La custodia en su momento y con algunas manifestaciones aun actualmente y la guardia y custodia con presencia contundente por estas fechas, son conceptos aplicables a quienes tienen como finalidad primordial la protección y la formación de los menores para conducirlos hacia la autosuficiencia que requiere todo mayor de edad en la vida cotidiana. No son ni necesariamente forman parte de la patria potestad. Pueden coincidir en un mismo ascendiente, pero puede ejercer la patria potestad y no tener la guardia y custodia e inclusive, puede haber quién por no ser ascendiente, no tenga la patria potestad, pero si la guarda y custodia.

Visita y convivencia. Se reitera que quienes ejercen la patria potestad sobre el menor tienen, en la mayoría de los casos el derecho de guardarlo y custodiarlo. Sin embargo, para el caso de que no sea así, tienen el derecho de convivir con él y de visitarlo. Entendido la convivencia más que un derecho de los padres un derecho del menor para convivir con estos, atendiendo al interés superior del niño, tema que abordaremos en párrafos posteriores.

Para Jorge Alfredo Domínguez Martínez,²² la convivencia se refiere a los padres, o abuelos en su caso, con descendientes sobre los que ejerzan la patria potestad, deben, como principio general, vivir juntos. Por ende, del menor de edad no emancipado -se considera domicilio legal- el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Por su parte el referido Zavala Pérez establece²³ que el deber de educar, corregir y convivir con el menor encuentra su máxima expresión y su mejor posibilidad en la hipótesis de que padre y madre vivan juntos: empero, que no siempre se da la vida en común de padre y madre, sino que viven separados: por regla general, ambos continúan en la titularidad de la patria potestad, espero uno solo tiene la custodia. El progenitor que no tiene consigo al menor, sigue teniendo a su cargo las obligaciones inherentes a la patria potestad, y si bien no puede convivir con el menor, sí tiene una convivencia mermada que se ha llamado derecho de visita.

²¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil Familia, Ed. 2ª, Porrúa, México, 2011, p. 615.

²² Ibidem, p. 619.

²³ Zavala Pérez, Diego H, op. cit., p. 339.

Educación. A quienes tienen a un menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente, esto se ve como una obligación, pero también como un derecho entorno al menor.

Corrección. Los titulares de la patria potestad tienen el derecho de corregir a los menores, pero siempre dentro de los límites de la razón y la medida.

Representación legal del menor. Como una consecuencia inherente y natural de quienes ejercen la patria potestad de un menor, se tiene la representación legal de menor.

Administración de los bienes del menor. La facultad de disponer libremente de sus bienes se concede, por regla general, únicamente a los que han adquirido la mayoría de edad, de lo que se desprende que los sujetos a patria potestad, que, como ha quedado precisado, por regla general son menores de dieciocho años.

Responder de los daños y perjuicios causados por los menores. En virtud de que a quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, les corresponde su cuidado, educación, y vigilancia en caso de que este ocasione daños o perjuicios a terceros son aquellos los que, por regla general deben responder por dichos daños y perjuicios, pues cuando un hijo causa un daño, en determinados casos es dable presumir que los titulares de la patria potestad no han cumplido con los deberes que ésta les impone.

1.4.8. Modos de suspender, perder, restituir y terminar la patria potestad

1.4.8.1. Respecto a la suspensión

Implica la cesación temporal en ejercicio de ella, pues no conlleva a la terminación de la patria potestad, sino que únicamente por quien la ejerce queda impedido para ello, pero con la posibilidad de reanudar su ejercicio cuando desaparezca la causa que le dio origen. La suspensión opera respecto de quien en ese momento detenta la patria potestad del menor, sujeto que se ve impedido para continuar en su ejercicio.

El Código Familiar del Estado, en su artículo 422, establece que la patria potestad se suspende:

- I. Discapacidad declarada judicialmente, que temporalmente le impida su ejercicio.
- II. Declaratoria de ausencia de la persona que la ejerce;
- III. Sentencia condenatoria que la imponga como pena; y
- IV. Excusa aprobada por el Juez”.

1.4.8.2. Pérdida

Esta sólo puede decretarse por resolución judicial y por regla general tiene una doble finalidad, por una parte su aplicación constituye una sanción para quien esté en ejercicio de dicha facultad y, por otra, es una medida de protección a futuro para el menor, porque el menor consideró que la actualización de determinadas conductas de las personas que ejercen la patria potestad, puede poner en peligro su integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle un daño en tales aspectos.

En este tenor, la patria potestad trae como resultado la privación, de todo privilegio relativo, por ejemplo, exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre sus asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás aspectos relativos.

El artículo 422 del referido ordenamiento familiar, establece que la patria potestad se pierde:

- Cuando cualquiera de quienes pueden ejercerla es privado de ese derecho mediante resolución judicial;
- Cuando sean condenados dos o más veces por delitos graves, esto último dependerá como se tipifiquen en el Código Penal los delitos graves.
- Por realizar cualquier acción que, valorada por especialistas en la materia, atente contra la integridad, seguridad, desarrollo físico, psicológico, emocional o social del menor de edad;

- Por abandonar o exponer al menor de edad, aun cuando no se comprometa su salud e integridad física y emocional. La patria potestad se perderá aun cuando los abandonados o expósitos hubieren sido acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia, a menos que el acogimiento o depósito sobrevenga por caso fortuito o fuerza mayor;
- Cuando se dejen de cumplir injustificadamente con su obligación alimentaria;
- Finalmente, cuando se cometan conductas de violencia familiar en contra de quien se ejerce la patria potestad.
- Sí se genere alienación parental por uno de los cónyuges en contra del otro;
- Cuando quien o quienes, teniendo el ejercicio de la patria potestad, dejen de convivir injustificadamente con sus hijos menores de edad;
- Si se niega injustificadamente el progenitor que ejerce la guarda y custodia material, permitir la convivencia al otro progenitor;
- Por la adopción del menor de edad; y
- Y si el que ejerce la patria potestad es condenado mediante sentencia ejecutoriada por el delito doloso, cometido contra la persona respecto de quien se ejerce o sus bienes”.

1.4.8.3. Restitución

En atención al interés superior del menor, se ha determinado que una vez decretada la pérdida de la patria potestad es posible que el titular sancionado con dicha medida sea restituida en ejercicio de aquella.

En la obra denominada “Temas Selectos de Derecho Familiar Patria Potestad”. Se Establece que en legislaciones civiles de la República Mexicana, como Baja California Sur, Estado de México, Morelos, Querétaro, Sonora y Tabasco se contempla la restitución o recuperación de la patria potestad.

Prudente es señalar que si bien nuestra legislación familiar no contempla expresamente esta figura, también es cierto que el precepto 427 establece que: *“El ejercicio de la patria potestad podrá ser recuperado, aun cuando exista sentencia ejecutoriada que haya decretado su pérdida o suspensión, cuando el juez considere que es benéfico para el menor de edad. Quien pretenda recuperar este derecho, deberá acreditar que las circunstancias que originaron dicha pérdida o suspensión han cambiado y le son favorables al menor edad”*.

1.4.8.4. Terminación

La terminación de la patria potestad implica su extensión natural o lo que es lo mismo por algunas de las causas señaladas por la ley, concluyan totalmente su ejercicio y sus efectos.

En nuestra legislación familiar, artículo 421, la patria potestad se acaba:

- “I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.*
- I. Con la emancipación Derivada del matrimonio;*
- II. Por mayoría de edad del hijo”*.

En suma, son muchas y diversas las formas en que la patria potestad se puede perder, terminar y suspender, mientras que la restitución es un mero cambio de situación de quien perdió la patria potestad y pretende recuperarla, virtud al cambio de circunstancias”.

1.5 Algunas reglas procesales aplicables a los juicios civiles en donde se analizan cuestiones relativas a la patria potestad

Por regla general, todos los conflictos relativos a la patria potestad, como son su titularidad, suspensión, pérdida, restitución y cualquier otra cuestión que en torno a ella se suscite, debe ser resuelta por la autoridad judicial competente, la cual, en términos generales debe sujetar su actuación a las siguientes prevenciones:

Intervenir de oficio en los asuntos que afecten la familia, de manera especial cuando se trata de menores.

Rige su actuación por el interés superior del menor.

Facultada para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros.

Suplir la deficiencia de la queja a favor de los menores.

Debe sin importar la acción intentada mandar llamar al menor para ser escuchados.

1.6. Interés superior del menor

Otro tema de suma trascendencia no sólo para la investigación que estoy realizando sino que sirve para dirimir las controversias del orden familiar en los que están involucrados menores de edad.

Así Carlos I. Muñoz Rocha refiere que el interés superior del menor es uno de los principios o garantías constitucionales del derecho familiar, al referir:

“d) Otro derecho constitucional mencionado en materia familiar por el artículo 4º es relacionado con el desarrollo integral de la niñez. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio de interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”²⁴

En el ámbito jurisdiccional se tienen los criterios de los Órganos Jurisdiccionales federales, quienes respecto al interés superior del menor han sostenido que:²⁵

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda

²⁴ Muñoz Rocha, Carlos I, *Derecho Familiar*, Oxford. México, 2013, p. 25.

²⁵ Tesis: 1a. /J. 18/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, Página: 406.

afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

Finalmente, y por cuanto ve a nuestro ordenamiento familiar, el interés superior del menor se encuentra previsto entre otros, en los numerales 260 y 271 del Código Familiar del Estado, que entre otras cosas disponen, por su orden, que, al admitirse una solicitud de divorcio, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el procedimiento se dictaran las medidas cautelares que sean requeridas y procedentes, en tratándose de menores de edad, atendiendo siempre el interés superior del menor. Así como que el juez fijará en la sentencia la situación de los hijos menores de edad o con discapacidad, habidos en matrimonio, para lo cual deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones a la patria potestad, su pérdida o suspensión, según el caso, los alimentos, custodia y convivencia, atendiendo para ello, tanto el interés superior de estos, como la adecuada capacidad de los padres para su cuidado.

En conclusión, para el de la voz el interés superior de la niñez es un principio que se encuentra contenido tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales, que debe ser observado obligatoriamente no sólo por los órganos jurisdiccionales sino por cualquier autoridad ante quien se diriman intereses de un menor de edad.

CAPÍTULO 2

Regulación jurídica del interés superior del menor

SUMARIO: 2.1 Constitución Política Federal. 2.2. Convención de los Derechos del Niño. 2.3. Convención Americana. 2.4 Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. 2.5. Constitución Política del Estado de Michoacán. 2.6. Código Familiar del Estado. 2.7. Ley de los Derechos de las niñas y los Niños del Estado de Michoacán. 2.8. Algunos criterios trascendentales emitidos por los Tribunales federales entorno al interés superior del menor.

En el presente Capítulo abordaremos todos aquellos ordenamientos legales e internacionales en los que se encuentren insertos los derechos del menor, ello con la finalidad de determinar que cuando se trata de tutelar los derechos del menor existe un marco normativo sólido que los proteja.

2.1 Constitución Política Federal

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1° se encuentran las bases para la tutela de los derechos humanos, así entre otras cosas establece que:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir,

investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Por su parte el artículo 4º Constitucional establece el principio relativo al interés superior del menor, al señalar, entre otras cosas que:²⁶

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

2.2. Convención de los Derechos del Niño.

La referida Convención en su artículo 9 punto 1, refiere que:²⁷

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.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Como se aprecia en dicha Convención se hace hincapié que en los procedimientos en que se tenga que separar a un menor de sus padres deben tutelarse siempre los derechos del niño.

²⁶ Textos Actualizados de Derecho. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Palacio del Derecho.

²⁷ García Morelos, Gumesindo, Nueva Ley de Amparo y Derecho Convencional de los Derechos Humanos. Editores. México, 2013, p. 323.

2.3. Convención Americana

La Convención Americana es otro de los tratados internacionales ratificados por nuestro país en donde también se tutelan los derechos humanos, particularmente el derecho de familia y más aún el interés superior del menor.

Así el artículo 17. Protección a la Familia punto *1 uno*, establece que: ²⁸

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

2.4 Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Del contenido de esta ley concretamente en su artículo *1*, es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto: ²⁹

I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte;

III. Crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hayan sido vulnerados...

²⁸ Ibidem, p. 360.

²⁹ Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, <http://www.dof.gob.mx>

Por su parte el artículo 6 establece que para efectos del artículo 2 de esta Ley, son principios rectores, los siguientes:

I. El interés superior de la niñez.

II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los Tratados Internacionales.

Ley que se puede considerar es de las más completas dado que establece las bases y principios que nuestro país deberá observar para garantizar los derechos e interés superior del menor.

2.5. Constitución Política del Estado de Michoacán.

Nuestra Constitución Política tiene un perfil garantista y socialista en este sentido, establece en su artículo 1° lo siguiente:³⁰

En el Estado de Michoacán de Ocampo todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los demás derechos establecidos en esta Constitución y en las leyes que de ambas emanen.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Es decir, la Carta Magna Estatal se recoge en gran medida lo establecido en el artículo 1° de la Constitución Política Federal, en relación, a la protección a los derechos humanos, pues prohíbe toda forma de discriminación y favorece la dignidad humana; de suerte que, al igual que la Constitución Federal, estas normas deberán interpretarse de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

³⁰ Cuadernos Michoacanos de Derecho. Constitución Política del Estado de Michoacán. Editores ABZ.

Por ello todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Máxime si se trata de grupos vulnerables, entre los que están los menores de edad.

Por su parte el artículo 2° del mismo ordenamiento establece que:

La familia tendrá la protección del Estado, que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos cónyuges, y podrá disolverse por mutuo acuerdo o a petición de cualquiera de los consortes en los términos que establezcan las leyes. Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos, fomentando su desarrollo cultural. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes, y dictará normas para el logro de la suficiencia económica de la familia; para evitar el abandono de los acreedores alimentarios, por sus deudores; y, para instituir proteger el patrimonio de familia.

Como puede verse, este último precepto, es aún más concreto y específico, entorno a como el Estado se constituye en un órgano rector de la familia, tutelando la igualdad de derechos entre los cónyuges, en su caso, podrá disolverse. Pero lo fundamental es que tutela el deber que tienen los padres para vigilar por el correcto desarrollo físico y emocional de los menores.

2.6. Código Familiar del Estado

El interés superior del menor se encuentra previsto entre otros, en los numerales 260 y 271 del Código Familiar del Estado, que entre otras cosas disponen, por su orden que, al admitirse una solicitud de divorcio, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el procedimiento se dictarán las medidas cautelares que sean requeridas y procedentes, en tratándose de menores de edad, atendiendo siempre el interés superior del menor. Así como que el juez fijará en la sentencia la situación de los hijos menores de edad o con discapacidad, habidos en matrimonio, para lo cual deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones a

la patria potestad, su pérdida o suspensión, según el caso, los alimentos, custodia y convivencia, atendiendo para ello, tanto el interés superior de estos, como la adecuada capacidad de los padres para su cuidado.

En conclusión, para el de la voz el interés superior de la niñez es un principio que se encuentra contenido tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales, leyes federales y estatales, que debe ser observado obligatoriamente no sólo por los órganos jurisdiccionales sino por cualquier autoridad ante quien se diriman derechos de un menor de edad.

2.7. Ley de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán

Ante todo, es necesario puntualizar que la presente ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio del Estado de Michoacán, y tiene por objeto -entre otros- reconocer a niñas, niños y adolescentes como *titulares de derechos*;

En este sentido en su artículo 4 dispone:³¹

El Estado de Michoacán y sus municipios, en el diseño y ejecución de políticas públicas deberán garantizar el máximo bienestar posible de niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior, tomando en cuenta su situación familiar y social. Las políticas públicas deberán contribuir a la formación física, psicológica, económica, social, cultural, ambiental, ética y cívica de niñas, niños y adolescentes.

De su contenido se advierte que este precepto al igual que los mencionados con antelación es garantista de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior, tomando en cuenta su situación familiar y social, constriñendo al Estado y órganos jurisdiccionales planificar y ejecutar políticas públicas que deberán contribuir a la formación física, psicológica, económica de tales personas.

³¹ Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo. transparencia.congresomich.gob.mx

En conclusión, los ordenamientos legales hasta ahora invocados tienen como común denominador que todos son de observancia pública para el Estado, con lo cual se constriñe a este a velar por los derechos de niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior, tomando en cuenta su entorno familiar y social.

2.8. Algunos criterios trascendentales emitidos por los Tribunales federales entorno al interés superior del menor.

Estos son algunos de los criterios más relevantes que nos precisan en qué consiste el interés superior del menor y como debe invocarse en el ámbito jurisdiccional.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.³² En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.

Esta tesis da un panorama muy específico de cómo los órganos jurisdiccionales deben tutelar los derechos de los menores, partiendo siempre del interés superior; esto es, este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

³² Jurisprudencia 1a./J. 18/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Página: 406. Décima Época.

La otra tesis de trascendencia es la siguiente:

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA³³. Como criterio ordenador, el interés superior de los menores previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En esta lógica, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales; y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En definitiva, todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos. El criterio antes reseñado vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

Este quizá pueda considerarse más extensivo, por cuanto que vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

En conclusión, para invocar este principio se ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en

³³ 1a./J. 31/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Página: 451. Décima Época.

cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos

CAPÍTULO 3

La patria potestad y su relación con otras figuras jurídicas

SUMARIO: 3.1 El interés superior del menor. 3.2 La existencia de un marco jurídico nacional que permita que cualquier familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral (Código Civil del Estado de México). 3.3. El fallecimiento de cualquier familiar que de acuerdo a la ley debe ejercer la patria potestad. 3.4. El desinterés de tales personas para ejercer la patria potestad. 3.5 La conducta procesal de las partes o terceros que intervienen en el juicio.

3.1 El interés superior del menor

En los capítulos 1 uno y 2 dos de esta tesina se ha venido hablando de la importancia del interés superior del menor.

Esto es, se ha precisado que uno de los principios o garantías constitucionales del derecho familiar, el interés superior de la niñez, previsto en nuestra Constitución Federal, en la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana; además en la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en los cuales se establecen los principios rectores bajo los cuales el Estado a través de sus diferentes autoridades, ante quienes se ventilen derechos de los niños y niñas y adolescentes deberán respetar el interés superior de estos en todas las decisiones que se tomen en torno a estos.

Hablando de las autoridades jurisdiccionales, los Órganos Jurisdiccionales federales, han sostenido que el interés superior del menor es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los

intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

Mientras que nuestra legislación familiar vigente, también se tutela el interés superior del menor, entre otros numerales, los diversos 260³⁴ y 271³⁵ del Código Familiar del Estado, que entre otras cosas disponen, por su orden, que, al admitirse una solicitud de divorcio, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el procedimiento se dictaran las medidas cautelares que sean requeridas y procedentes, en tratándose de menores de edad, atendiendo siempre el interés superior del menor. Así como que el juez fijará en la sentencia la situación de los hijos menores de edad o con discapacidad, habidos en matrimonio, para lo cual deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones a la patria potestad, su pérdida o suspensión, según el caso, los alimentos, custodia y convivencia, atendiendo para ello, tanto el interés superior de estos, como la adecuada capacidad de los padres para su cuidado.

³⁴Artículo 260. Al admitirse la solicitud de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, y solo mientras dure el procedimiento, el juez dictará las medidas cautelares que le sean requeridas y procedan, así como las que de manera oficiosa considere necesarias para la protección de los hijos menores de edad o con discapacidad, atendiendo siempre el interés superior de estos, como lo sería: I. Separar a los cónyuges, considerando para tal efecto, las circunstancias personales de cada uno; II. Fijar y asegurar los alimentos para el o los acreedores alimentistas; III. Determinar la guarda y custodia de los hijos menores de edad o con discapacidad; IV. La forma en que el cónyuge que no tenga la guarda y custodia deberá convivir con sus hijos menores de edad o con discapacidad; V. Las necesarias para que no se causen daño en su persona o en sus bienes; y, VI. Las demás que considere necesarias el juez. La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos legalmente previstos”.

³⁵Artículo 271. El juez fijará en la sentencia la situación de los hijos menores de edad o con discapacidad, habidos en matrimonio, para lo cual, deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida o suspensión, según el caso, los alimentos, custodia y convivencia, atendiendo para ello, tanto el interés superior de estos, como la adecuada capacidad de los padres para su cuidado y con cuál puede tener el mejor desarrollo físico, mental y moral, valorando las especiales circunstancias del caso”.

Lo anterior pone de manifiesto que en cualquier caso en que se diriman los derechos de un menor, debe ante todo respetarse el interés superior del menor, ello para garantizar y tutelar sus derechos.

3.2. La existencia de un marco jurídico nacional que permita que cualquier familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral (Código Civil del Estado de México)

Así, se tiene que el Estado de México a diferencia de nuestro estado, establece quién o quiénes, aparte de los determinados por la ley para ejercerla, también lo pueden hacer.

En este sentido el Código Civil del Estado de México establece que dicho ejercicio puede, puede también corresponder a los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral, como se precisa en seguida.

“Artículo 4.204. La patria potestad se ejerce en el siguiente orden: ³⁶

- I. Por el padre y la madre.
- II. Por los abuelos;
- III. Por los familiares consanguíneos hasta su tercer grado colateral”.

Como puede verse en el Estado de México, además de los padres y abuelos, pueden ejercer la patria potestad sobre el menor sus parientes consanguíneos, en línea colateral, hasta el tercer grado, esto es, sus tíos tanto paternos como maternos. Disposición que no encuentra contemplada en la legislación familiar del Estado, pues el Código Familiar de nuestra Entidad, refiere que la patria potestad será ejercida por los padres del niño o falta de estos por los abuelos maternos o paternos- avanzar-; sin embargo se deben suplir las deficiencias de la queja en los planteamientos y observar el interés superior del menor.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de Derecho Familiar 2. Patria Potestad. México, 4ª ed., junio 2013. p. 53.

En tanto que, nuestro Código Familiar, en los casos de custodia cuando exista alienación parental o lleve a cabo actos reiterados para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente, otorga la facultad al juzgador para que de entre los parientes más cercanos que tengan interés, determine quién quedará encargado de su cuidado, mientras sus padres recobran la custodia, para lo cual habrá de valorar las circunstancias especiales que concurren en cada una de dichas personas, así como su adecuada capacidad para cuidarlo y con cuál de ellos puede tener el ambiente más benéfico; lo anterior, se encuentra previsto en el capítulo único, título décimo primero, artículo 435³⁷, último párrafo del ordenamiento legal citado.

Lo que permite concluir que si en los casos de custodia cuando exista alienación parental nuestro código familiar otorga la facultad al juez de nombrar en forma interina a un pariente más cercano que tengan interés, quién quedará encargado de su cuidado, mientras sus padres recobran la custodia, para lo cual el juzgador habrá de valorar las circunstancias especiales que concurren en cada una de dichas personas; entonces con mayor razón se puede trasladar esta facultad en los casos en que exista conflicto sobre la patria potestad del menor.

³⁷ “Artículo 435. El juez podrá ordenar el cambio de custodia de los menores de edad previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, incurra en conductas de alienación parental o lleve a cabo actos reiterados para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente. En el supuesto de que el menor presente alienación parental, este y el padre alienador serán sometidos al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado el trastorno y se suspenderá todo contacto con dicho ascendiente, pudiendo recobrar ese derecho, cuando demuestre que está en condiciones de propiciar la presencia afectiva de ambos progenitores, en el proceso de formación del hijo. En el caso de que no resulte posible que el menor viva con el otro progenitor, el juez determinará, de entre los parientes más cercanos que tengan interés, quién quedará encargado de su cuidado, mientras sus padres recobran la custodia, para lo cual habrá de valorar las circunstancias especiales que concurren en cada una de dichas personas, así como su adecuada capacidad para cuidarlo y con cuál de ellos puede tener el ambiente más benéfico. En este supuesto el juez determinara el monto de alimentos que deban proporcionarse por los obligados alimentarios por el tiempo que dure la custodia”.

3.3. El fallecimiento de cualquier familiar que de acuerdo con la ley debe ejercer la patria potestad

Se ha venido mencionando a lo largo de esta investigación que, de acuerdo con lo establecido en nuestra legislación familiar, concretamente en su artículo 398³⁸, que las personas que deben ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos son en principio los padres y falta de estos los abuelos maternos o paternos sin existir prelación entre estos; sin embargo, nada se precisa cuando fallecen tanto los padres como los abuelos paternos y maternos.

Y es que, no debe perderse de vista que la muerte es un hecho jurídico de la naturaleza:³⁹ “es el acontecimiento en donde no interviene la voluntad humana y que el derecho lo considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas”. El cual produce consecuencias jurídicas en el campo del derecho, ejemplo, la sucesión ya testamentaria ya intestamentaria.

En este sentido, no se soslaya el contenido del precepto 421 del aludido Código Familiar del Estado, que establece que la patria potestad se acaba -entre otros supuestos- con la muerte de quien la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga. Esto es, que dicho numeral es categórico cuando a falta de cualquiera de las personas que deban ejercer la patria potestad esta debe terminar.

Empero, qué pasa con el menor que se encuentra bajo la guarda y custodia de un pariente consanguíneo colateral -tío (a) materno o paterno-, supuesto que sí se encuentra previsto en el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, que refiere que el ejercicio de la patria potestad puede también corresponder a los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral.

³⁸Artículo 398. La patria potestad sobre los menores de edad se ejerce: I. Por el padre y la madre; y, II. Por el abuelo y abuela paternos, o por el abuelo y abuela maternos, tomando en consideración con quienes pueden tener mejor desarrollo moral, educativo, social, económico y familiar”.

³⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Porrúa. México, 2005, p. 173.

De modo, que si en un caso en particular han fallecido todas las personas que pueden ejercer la institución de la patria potestad sobre un menor, el de la voz propone como enseguida se expondrá que en estos casos sea justamente el familiar que tenga bajo su guarda al menor, quien pueda ejercer la patria potestad de éste, virtud a ese vínculo consanguíneo, pues quién mejor que él o ella para proteger al menor; más aún en los casos en que el o la menor ya están adaptados psicológicamente con esa nueva vida.

3.4 El desinterés de quienes pueden ejercer la patria potestad. Y 3.5 La conducta procesal de las partes o terceros que intervienen en el juicio

Estos temas los abordaré de forma conjunta pues se encuentran adminiculados entre sí, si bien como se abordó en el capítulo 1º, alguna de las características de la patria potestad son las siguientes: imperativa, imprescriptible e irrenunciable sin embargo, en la vida real padres o abuelos a quienes no les importan estas características, por diversas circunstancias, las más comunes, porque nunca han convivido con el menor o bien porque no tengan recursos económicos esto se advierte más de cerca en el ámbito jurisdiccional, a manera de ejemplo en los juicios de pérdida de la patria potestad o de divorcio en donde suele darse vista a las partes respecto al juicio y concretamente respecto al menor que está de por medio en el juicio, en donde las partes que no tienen al menor bajo su guarda, suele no interesarles el resultado del juicio.

Lo anterior, se aclara con los siguientes criterios que ha emitidos por los Tribunales Federales, en torno a la conducta procesal de las partes en juicio.

Tesis pronunciadas por la desaparecida Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro:⁴⁰

“CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES”.

⁴⁰ Semanario Judicial de la Federación. Volumen LXXXIV, Cuarta Parte. Materia(s): Común. Página: 43. Sexta Época.

Esta tesis hace un énfasis importante respecto a la conducta procesal, al expresar que está es un elemento básico para la resolución de los negocios judiciales, puesto que proporciona elementos objetivos de convicción al juzgador.

Y la tesis emitida por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁴¹

“CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES, PRESUNCIONES DERIVADAS DE LA.”

Esta tesis aislada parte de la buena fe, al precisar que siendo la buena fe base inspiradora de nuestro derecho, debe serlo, por tanto, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan, y siendo la conducta procesal de éstas elemento básico para la resolución de los negocios judiciales, los jueces deben tomarla en cuenta para derivar de ella, en la averiguación de la verdad, las presunciones que lógica y legalmente se deduzcan del mismo.

Consecuentemente, la conducta procesal es un elemento básico para la resolución de los negocios judiciales, puesto que proporciona elementos objetivos de convicción al juzgador para conocer cuál es el verdadero interés de las partes en la controversia, respecto al derecho sustantivo en disputa.

⁴¹ Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXXI. Materia(s): Común. Página: 179. Quinta Época. Tercera Sala.

Conclusiones

Primera. La patria potestad es una institución establecida por el derecho, con la finalidad 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 habidos fuera de él o de hijos adoptivos cuyo ejercicio corresponde al progenitor (a) o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil) y que puede definirse como la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados.

Segunda. Si bien es cierto que la patria potestad tiene como características la de ser imperativa, imprescriptible, irrenunciable, personalísima, temporal, también es verdad que otras características son: que se debe ejercer tutelando siempre el interés del niño, tiene una función social trascendente y es de orden público, las cuales en su conjunto deben tomarse en cuenta para cualquier decisión en torno a ella.

Tercera. A diferencia de nuestro Ordenamiento Familiar el Código Civil del Estado de México, en su artículo 4.204 establece que la patria potestad puede ser ejercida por además del padre y la madre, los abuelos -maternos o paternos-, por los familiares consanguíneos hasta el tercer grado colateral. En tanto que, nuestro ordenamiento familiar, solo a los padres y a los abuelos maternos o paternos.

Cuarta. Para el suscrito uno de los principios constitucionales del derecho familiar es el interés superior del menor, previsto en nuestra Constitución Federal, en la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana; además en la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en los cuales se establecen los principios rectores bajo los cuales el Estado a través de sus diferentes autoridades, ante quienes se ventilen derechos de los niños y niñas y adolescentes, deberán respetar el interés superior de estos en todas las decisiones que se tomen en torno a estos.

Quinta. Que el interés superior del menor es un principio que debe observarse de manera obligatoria en la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

Sexta. En los casos en que se dirima la pérdida de la patria potestad, aún y cuando nuestro Código es claro en quién debe ejercer la patria potestad y qué pasa cuando no están las personas que la deben ejercer, se debe partir de la interpretación teleológica del principio del interés superior del menor, pero además debe tomarse en cuenta factores trascendentales como: el fallecimiento de alguno o algunos de las personas que puedan ejercerla, el desinterés jurídico sustantivo y procesal de quien puede ejercer la patria potestad, ya sea porque no les interese conocer al menor que pudiese estar bajo su patria potestad o bien porque no existan los recursos económicos para hacerse cargo del infante o adolescente y que el menor se encuentre bajo la guarda y custodia de un familiar diverso al que debe ejercer la patria potestad.

Séptima. Que los factores referidos en el párrafo anterior inciden para que el juzgador se encuentre obligado a hacer una interpretación sistemática de los preceptos que norman la patria potestad, tomando como base el interés superior del menor siempre en beneficio de este y entonces, se encuentre obligado a ponderar qué puede ser lo más benéfico para el menor, es decir, si debe otorgarse la patria potestad al familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral pariente - tío o tía- o bien decretar alguna otra figura que permita la representación del menor; ello tomando en cuenta que la sociedad está interesada en la mejor formación posible de los ciudadanos a partir de la familia, formación que, en gran medida, se logra mediante el adecuado ejercicio de la patria potestad.

Octava. No debe olvidarse que la patria potestad es una institución que debe ejercerse siempre en pro de la persona sujeta a ella, y no de quienes la ejercen, pues -se insiste- más que un poder o derecho previsto en interés de quien la

ejercita, es una institución que tiene una función protectora de las personas durante su minoría de edad.

Novena. Se propone que en los casos en que se dirima la pérdida de la patria potestad de un menor de edad, y converjan algunos factores relativos a que las personas a quienes compete ejercerla estén fallecidas o muestren desinterés jurídico o procesal en el juicio, así como que el menor bajó la guarda y custodia de un familiar diverso a quienes deben ejercer la patria potestad; en estos casos el juzgador debe partir de la interpretación teleológica del principio del interés superior del menor, para otorgarla a ese familiar dada la adaptación física y moral del niño con aquel.

Y es que, los factores referidos en el párrafo anterior inciden para que el juzgador se encuentre obligado a hacer una interpretación sistemática de los preceptos que norman la patria potestad, tomando como base el interés superior del menor siempre en beneficio de este y entonces, se encuentre obligado a ponderar qué puede ser lo más benéfico para el menor, es decir, si deba otorgar la patria potestad al familiar consanguíneo hasta el tercer grado colateral pariente - tío o tía- o bien decretar alguna otra figura que permita la representación del menor; ello tomando en cuenta que la sociedad está interesada en la mejor formación posible de los ciudadanos a partir de la familia, formación que, en gran medida, se logra mediante el adecuado ejercicio de la patria potestad. Sin perder de vista que, esta institución se debe ejercer siempre en pro del sujeto a ella, y no de quienes la ejercen, pues -se insiste- más que un poder o derecho previsto en interés de quien la ejercita es una institución que tiene una función protectora de las personas durante su minoría de edad.

FUENTES DE CONSULTA

Legislación.

Textos Actualizados de Derecho. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada el 26 de febrero del 2013.

Cuadernos Michoacanos de Derecho. Constitución Política del Estado de Michoacán. Publicada el 22 de septiembre del 2011.

Cuadernos Michoacanos de Derecho. Código Familiar del Estado. Publicado el 30 de septiembre del 2015.

Nueva Ley de Amparo. Derecho Convencional de los Derechos Humanos. Leyes complementarias. Ed. Palacio Editores, México 2013. Páginas 551.

Ley de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo. Publicada el 2 dos de junio del 2015.

Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Publicada el 4 cuatro de diciembre del 2014 dos mil catorce.

Bibliografía

Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. Oxford University. Press. México, 2009.

Barroso Figueroa, José. La autonomía del Derecho Familiar, www.juridicas.unam.mx.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "Derecho Civil, Familia", en Cielito Bolívar, Galindo (Comp), Patria Potestad, Temas Selectos de Derecho Familiar. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010.

De La Mata Pizaña, Felipe y Garzán Jiménez Roberto, Derecho de Familia, México, Porrúa, México, 2004.

Domínguez Martínez, José Alfredo. Derecho Civil Familia. Ed. Porrúa. México 2011. 2ª M.

De castro Martín, Rosa Ma. y otros. El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*. Ed. Porrúa. México 2005. Páginas 1237.

Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil. Derecho Familiar*, México, Pac, 2008.

Muñoz Rocha, Carlos I, *Derecho Familiar*, Oxford. México, 2013.

Magallón Ibarra, Mario, *Compendio de Términos de Derecho Civil*, Porrúa y Universidad Autónoma de México, México 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Temas Selectos de Derecho Familiar, Patria Potestad 2*. 4ª Edición. México 2013.

Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2013.

Zavala Pérez, Diego H. *Derecho Familiar*. Ed. Porrúa. México 2011. 3ª Edición.

Diccionarios

Derecho Procesal. Diccionario Jurídico.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Tomo A-H.

Martínez Morales, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, IURE Editores, México 2007.

Magallón Ibarra, Mario. *Compendio de Términos de Derecho Civil*. Ed. Porrúa. México 2004. Páginas 677.

Jurisprudencia⁴²

[www. sjf.scjn.gob.mx/](http://www.sjf.scjn.gob.mx/).

⁴² Link tomado de la página de internet: de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.