

170
2Ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"PERDIDA Y RECUPERACION DE LA
PATRIA POTESTAD".

T E S I S
QUE PARA OPTAR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SONIA CURIEL LOPEZ



DERECHO



CIUDAD UNIVERSITARIA

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION.	I
CAPITULO I.	
LA PATRIA POTESTAD.	
a) Concepto de Patria Potestad.	1
b) Caracteres de la relación peterno-filial.	18
b.1. Irrenunciable.	19
b.2. Intransferible.	22
b.3. Imprescriptible.	24
CAPITULO II.	
SUJETOS Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.	
a) Sujetos.	30
a.1. Sujetos activos.	30
a.2. Sujetos pasivos.	33
b) Efectos de la patria potestad.	34
b.1. Respecto de las personas sometidas.	34
b.2. Respecto de las personas que ejercen la patria potestad.	37
b.2.1. Efectos sobre la persona del menor.	37
b.2.2. Efectos sobre los bienes del menor.	48
CAPITULO III.	
SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.	
a) Suspensión	57
a.1. Por incapacidad declarada judicialmente.	58
a.2. Por ausencia declarada en forma.	62
a.3. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.	70

	PAG.
b) Pérdida de la patria potestad.	72
b.1. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos veces o más por delitos graves.	73
b.2. En los casos de divorcio.	79
b.3. Costumbres depravadas de los padres y malos tratos.	84
b.4. Por la exposición o abandono de los hijos.	87
c) Extinción de la patria potestad.	89
c.1. Por la muerte de quien la ejerce.	90
c.2. Por emancipación.	92
c.3. Por mayoría de edad del hijo.	93

CAPITULO IV.

RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD.

a) En caso de suspensión.	98
b) En caso de pérdida.	101

CONCLUSIONES.	107
---------------	-----

BIBLIOGRAFIA.	110
---------------	-----

I N T R O D U C C I O N

Ha sido siempre un motivo de preocupación personal el ejercicio de la patria potestad, institución, - por demás está dicho, importante en el desarrollo intelectual, psíquico y afectivo de los menores de edad, pues dentro de esta relación donde se les dan los conocimientos y principios morales básicos, así como la guía que los lleve a ser personas productivas y útiles a la sociedad.

La mayoría de los padres o de los ascendientes que tienen bajo su cuidado a un menor, no imaginan la importancia de su cargo, ejerciéndolo generalmente en forma intuitiva pues desconocen las facultades, derechos y obligaciones que la ley les otorga para desempeñarlo correctamente.

El hecho de desconocer las prerrogativas que la ley les otorga y de las sanciones que el incumplimiento de ellas puede traerles, trae como consecuencia el mal desempeño del cargo, situación que nosotros desearíamos evitar, pues un menor necesita del amor, asistencia, protección y dirección de quienes ejercen sobre él la patria potestad.

Asimismo, queremos dejar plasmado el deseo de que nuestro Código Civil regule la forma de recuperar la pa-

tria potestad, para evitar que los padres inconscientes la recuperaren sin haber demostrado fehacientemente su rehabilitación.

Ahora bien, para poder comprender las ideas anteriores, es necesario conocer primero qué es la patria potestad y la finalidad asistencial y protectora que ésta tiene, así como sus caracteres esenciales, lo cual podrá - el lector encontrar explicado en el Capítulo I del presente trabajo.

El Capítulo II habla de las personas que intervienen en la relación paterno-filial y los derechos y obligaciones que a éstos les otorga la ley.

Nuestro Capítulo III, explica las formas en que la patria potestad podrá suspenderse, perderse o extinguirse, tratando en este capítulo de plasmar nuestro deseo - de implantar en el Código Civil el señalamiento expreso de las formas de perder el ejercicio de la patria potestad en los casos de divorcio necesario, cuando éste se - funde en causales que afecten al menor gravemente.

Para finalizar nuestro estudio, en el Capítulo IV - hablamos de la forma de recuperar la patria potestad, para ello sugerimos se adicione a los artículos que reglamentan la forma de suspender y perder el ejercicio del - cargo, la situación que deberá prevalecer para que esta recuperación pueda solicitarse.

Con el desarrollo del contenido de los capítulos -
señalados, deseamos que el lector tome conciencia real
de lo que implica ejercer la patria potestad sobre un me
nor.

CAPITULO I. PATRIA POTESTAD.

- a) Concepto de Patria Potestad.
- b) Caracteres de la relación paterno-filial.
 - b.1. Irrenunciable.
 - b.2. Intransferible.
 - b.3. Imprescriptible.

En este primer capítulo estudiaremos la concepción que de la patria potestad se tuvo y la evolución de ésta, hasta llegar a la concepción actual cuya finalidad está dirigida a la verdadera protección del menor. Asimismo, estudiaremos los caracteres que contiene esta institución para comprender mejor la importancia que fue adquiriendo con el paso del tiempo.

a) **CONCEPTO.**- La patria potestad es una institución que tiene sus antecedentes más primitivos en la antigua Roma, en donde encontramos que esta autoridad descansaba en forma absoluta y rigurosa en la figura del pater familia o jefe de familia, el cual podía disponer tanto de la persona como de los bienes de sus descendientes en la forma que más conviniera a sus intereses, pudiendo desde vender, dar en garantía o matar a sus hijos, hasta gastar el patrimonio que tuvieren o que hubiesen ganado por esfuerzo propio sin importar que quedaran en total estado de indefensión.

Así tenemos que en aquel entonces el carácter principal de esta autoridad tendía a satisfacer el interés del jefe de la familia y no así a la protección del hijo.

El proceso evolutivo de esta institución ha sido lento, pero poco a poco se ha logrado que en lugar de -

que sea una potestad absoluta que recayera única y exclusivamente sobre la figura del padre , ahora recaiga también sobre la figura de la madre o incluso sobre una tercera persona; es decir, que se trata de borrar esa idea primitiva de que sólo el padre puede y debe ejercer potestad sobre los hijos, limitando así a la madre de este derecho hasta el grado de que ni aún muerto el padre podía ella ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

Los criterios modernos nos llevan a tener una concepción diferente de lo que es la patria potestad ya que no se puede hablar de una autoridad absoluta y rigurosa que descansa sobre el jefe de familia ni mucho menos sobre los derechos limitados o nulos de los hijos; toda vez que ahora esa autoridad recae sobre el padre y la madre pero ya no en forma absoluta y rigurosa como lo era antes, sino por el contrario, hoy en día es una protección hacia el menor, logrando plasmar así el deseo de darle todo lo necesario al hijo, para que logre un desarrollo adecuado que lo lleve a ser un ser humano feliz y normal, libre de traumas y complejos, capaz de librar cualquier obstáculo que pongan en su camino.

Así pues debemos de pensar en una definición de patria potestad en la cual se conjuguen el sentir de amar y proteger al hijo y sus pertenencias por sobre todas las cosas, y los derechos y obligaciones que sobre él -

tienen los padres, derechos que aún en la actualidad algunos padres creen que son absolutos sobre la persona y bienes de sus hijos, y obligaciones que sólo se limitan a darles un techo donde dormir, una alimentación insuficiente y una educación mediocre.

No obstante lo anterior, es importante señalar que también existen padres que en realidad aman y protegen a sus hijos, que buscan darles lo mejor dentro de sus posibilidades, sin abusar en ningún momento del derecho que la ley les confiere respecto de la persona y bienes de sus descendientes.

Al observar esto podemos afirmar que es precisamente en Roma en donde realmente existió la patria potestad en el sentido estricto de su terminología, (el vocablo patria potestad viene de la expresión latina patrius, a, um que quiere decir lo relativo al padre; y potestas que significa potestad o poder, ésto es la potestad o poder del padre. (1)) es decir, el poder absoluto del jefe de familia sobre sus descendientes. Es necesario hacer esta aclaración ya que en la actualidad no obstante de seguir existiendo esta institución con el mismo nombre de antaño y de que la misma se refiere a las relaciones del pa-

(1) Ibarrola, Antonio, De. "Derecho de Familia". 3a. edición. Editorial Porrúa. México 1984. p.359.

dre con el hijo, no se trata ya de potestad alguna sino que ahora se concibe más como un conjunto de derechos y deberes que tienen los padres tanto en relación a la persona como a los bienes de los hijos, mientras éstos no puedan valerse por si mismos, por ser menores de edad.

Después de haber visto brevemente la idea que se tenía sobre la patria potestad, pasaremos a estudiar algunas de las concepciones actuales, mismas que se acercan más a la tendencia de proteger verdaderamente a los menores no emancipados siendo éste el fin que hoy en día se pretende dar a esta institución, dejando a un lado las ideas primitivas de poder absoluto sobre la persona y bienes de los menores de edad.

Estudiaremos primero la definición que nos da Marcel Planiol quien señala : "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre; sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales." (2)

Podemos ver que esta definición es un tanto incompleta pues si bien señala que "es un conjunto de derechos y facultades que la ley concede", "para permitirles

(2) Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil", tomo II, traducción de la 12a.edición francesa, por el Lic. José Ma. Cajica Jr. Puebla México. p.251.

el cumplimiento de sus obligaciones", y con lo cual estamos de acuerdo ya que hace mención a las obligaciones - que las mismas leyes imponen a quienes ejercen la patria potestad, limita el ejercicio de la misma al padre y a la madre dejando fuera a los ascendientes que por vía de exclusión pueden llegar a ejercer la patria potestad sobre los menores de edad no emancipados.

Asimismo, sentimos que a esta definición le hace falta algo más, algo que encause el ejercicio de ese derecho y de esa facultad hacia el fin verdadero que se pretende dar con la reglamentación de esta institución; es decir, hacia la educación adecuada del menor, así como de la protección y cuidado asistencial de su persona y de sus bienes, evitando a como de lugar los abusos de que son objeto éstos por parte de quienes ejercen ese derecho sobre ellos.

Rafael de Pina nos dice : "La patria potestad es el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria." (3)

Consideramos a esta definición como una de las que

(3) Pina, Rafael, De. "Derecho Civil Mexicano", tomo I, 10a.edición. Editorial Porrúa. México 1980. p.373.

más se acerca a lo que desearíamos se debiera entender - como patria potestad, pues habla tanto de facultades como de deberes sin excluir al padre, a la madre ni a los ascendientes que por orden de exclusión pueden ejercerla, pero cabe hacer notar que no habla de derechos, es - decir, les confiere a quienes ejercen la patria potestad facultades pero no derechos, mismos que consideramos necesarios deben tener los que ejercen esta institución como el apoyo que da fuerza a la imposición de los deberes que les impongan a los menores, sin que con ello queramos decir que puedan con base en ese mismo derecho abusar de su autoridad.

En la última parte de esta definición podemos observar que Rafael de Pina trata de encausar esas facultades y deberes que la ley otorga a quienes ejercen la patria potestad, diciendo que deben utilizar esas prerrogativas que la ley les da para proteger la persona y los bienes del menor en la medida que sea necesaria para el mejor - desarrollo de los menores de edad no emancipados.

A nuestro ver consideramos que a Rafael de Pina le faltó hablar sobre la asistencia que deben darle a los - menores de edad no emancipados, las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad.

Sara Montero Duhalt señala : "La patria potestad de riva de la filiación que consiste en el conjunto de fa--

cultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a las personas y bienes de sus descendientes menores de edad."⁽⁴⁾

Sara Montero nos añade un término nuevo, la filiación, y con ello nos amplía más el campo de acción - - pues ahora también podemos hablar de las facultades y - obligaciones que contraen las personas que adoptan a menores de edad, aunque deja fuera a los derechos de quienes ejercen la patria potestad junto con el aspecto de - conciencia humanitaria que nosotros deseáramos se le - diera a esta institución.

Cabría aquí señalar que tanto Rafael de Pina como - Sara Montero coinciden en el deseo de que lo que hoy seguimos conociendo como patria potestad debiera de otorgarsele otro nombre, ya que esta denominación tradicional no responde al espíritu que con el paso del tiempo a ido adquiriendo esta institución a pesar de ser cierto - que la patria potestad significó el poder del padre. También podemos decir que ésta ha dejado de ser patria pues ya no la ejerce en exclusiva el padre sino por el contrario, ahora es ejercida a la par por la madre e incluso - por otros ascendientes. Asimismo, ha dejado de ser potes

(4) Montero, Duhalt, Sara. "Derecho de Familia, 2a. edición. Editorial Porrúa. México 1985. p.339.

tad, porque ya no se manifiesta como un poder sino por el contrario, es considerada como una facultad de quien la ejerce.

Pero también es necesario decir que al mismo tiempo que estos autores señalan la necesidad de cambiarle a esta institución el nombre, también manifiestan la imposibilidad de hacerlo, en la medida de que ninguna terminología es lo suficientemente amplia como para abarcar en su totalidad el sentido que ahora tiene esta institución por lo que han tenido que conformarse con la terminología tradicional que a esta institución se le ha seguido dando. Este mismo sentir de cambiarle el nombre a esta institución lo han expresado otros autores pero también se han visto en el mismo problema de no encontrar la terminología adecuada.

Para Mario Rotondi, "La patria potestad ha quedado reducida a una función de gobierno familiar y de tutela de las personas sometidas para garantía de la conservación y protección de sus intereses."⁽⁵⁾

Este autor en su definición marca claramente esa evolución que ha tenido la patria potestad con el pasar del tiempo, ya que al señalar que "ha quedado reducida",

(5) Rotondi, Mario. "Instituciones de Derecho Privado", traducido por Francisco F. Villavicencio. Editorial Labor, S.A. 1953. p.556.

está nulificando por completo la concepción antigua de poder absoluto del padre sobre los hijos dándole así un carácter meramente protector; asimismo, podemos observar que amplía esta potestad a la figura tutelar (ya que esta institución tiene también por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a la patria potestad, pero que a la vez no tienen capacidad para gobernarse así mismos), tratando con ello de darle a los menores de edad no emancipados y a los incapaces tanto la protección de su persona como la de sus bienes. La deficiencia que le encontramos a esta definición, es la de no hablar sobre las personas que deben ejercer la patria potestad, además de no tocar el punto de asistencia a los menores y de no tomar en cuenta los derechos, obligaciones y facultades que sobre los menores tienen los que ejercen la patria potestad.

Antonio de Ibarrola nos da una sencilla definición aseverando, "La patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad. (6)

Esta definición a nuestra consideración es bastante deficiente, ya que si bien hoy en día se trata de darle a esta institución un enfoque diferente de lo que fue an

(6) Ibarrola, Antonio, De. ob. cit. p.359.

tes, no se busca con ello someter a los que ejercen la patria potestad a los caprichos de los menores de edad no emancipados, sino que se pretende someter a los que la ejercen, a las normas que la ley señala para inducirlos a cumplir con la obligación de darles asistencia y protección a los sometidos a su cargo para cubrir sus necesidades; es decir, los que ejercen la patria potestad están sometidos a las disposiciones que la ley establece y no así a los caprichos de los hijos, sino por el contrario están obligados a asistirlos.

Otra deficiencia que encontramos en esta definición es la de limitar el ejercicio de la patria potestad a los padres del menor, dejando fuera a los ascendientes, además de no hablar de derechos, obligaciones y facultades que deben otorgársele a los que ejercen el cargo para delimitar sus funciones y su autoridad.

También es limitado este concepto al querer el autor englobar en la palabra "necesidades", la finalidad de asistencia y protección que deben darse a la persona y a los bienes de los menores.

Para Alberto Trabucchi la patria potestad " es el poder y deber que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados, a ella se someten los hijos legítimos, naturales y adoptados." (7)

A nuestro parecer esta definición es incompleta, ya

que si bien habla de "poder" (creemos que el autor usa este término como sinónimo de derecho) y "deber", éstos los enfoca en el sentido de ejercerlos sobre la persona de los hijos sin una limitación; es decir, que no lo enfoca a la facultad que les otorga la ley para dar asistencia a los menores. Este autor restringe también el ejercicio de la patria potestad a los padres sin tomar en cuenta a los ascendientes, pero extendiéndolo a los padres adoptivos y naturales.

Después de haber analizado algunas de las muchas y muy variadas definiciones que sobre la patria potestad existen, mismas que como ya se dijo con antelación consideramos que se acercan más a la idea de lo que es el ideal a conseguir con la reglamentación de ella, no obstante las deficiencias que les hemos encontrado, pues a pesar de ellas contienen algunas de las finalidades esenciales que se pretenden dar a esta institución, pasaremos a mencionar las concepciones con las que nosotros estamos más de acuerdo ya que en ellas encontramos plasmado el sentido humanitario de preservar la persona del menor de edad no emancipado.

Ignacio Galindo Garfias nos dice : "La patria potes

(7) Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967, traducido por Luis Martínez Calcerrada.

tad toma su origen en la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente." (8)

Este autor al igual que Sara Montero señalan como origen de la patria potestad a la filiación, cuestión con la que estamos totalmente de acuerdo porque nos permite un margen más amplio de aplicación como ya hemos dicho con antelación, podemos observar que este autor no habla de derechos y obligaciones además de enfocar su definición exclusivamente a la persona del menor olvidándose por completo de los bienes de éstos.

No obstante las omisiones que le encontramos la consideramos dentro de las más adecuadas, ya que si bien es importante cuidar del patrimonio de los menores tratando de evitar a como de lugar el abuso de que pudieran ser objeto éstos por parte de quien administra sus bienes, creemos de mayor importancia la protección que a la persona del infante debe darse.

Colin y Capitant definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son

(8) Galindo, Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". 4a. edición. Editorial Porrúa. México 1980. p.667.

menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento - de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados." (9)

No obstante de tener esta definición grandes rasgos humanitarios, también carece de algunos elementos que no nos consideramos necesarios y que por tanto debe contener toda definición, así pues tenemos que limita el - ejercicio de la patria potestad a los padres excluyendo con ello a cualquier otra persona que con justo derecho podría ejercer el cargo, además de coincidir con Galindo Garfias en el hecho de no hacer mención de los bienes de los menores, aunque ésto último no es de vital importancia pues como lo hemos reiterado, lo que más nos importa es la asistencia y protección del menor, pero no quedaría de más que se tomara en cuenta la protección de su - patrimonio.

Felipe Clemente de Diego define así a la patria potestad : "el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por - las necesidades de estos." (10)

(9) Colín y Capitant, citado por Galindo, Garfias, - Rafael. ob.cit. p.669.

(10) Diego, Felipe Clemente, De, citado por Muñoz, - Luis. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Modelo. México 1971. p.439.

Messineo señala : "La patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la -- función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de -- sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar." (11)

Hemos dejado estas dos definiciones al último, toda vez que no obstante de que ambas limitan el ejercicio de la patria potestad a los padres dejando fuera a los ascendientes que por vía de exclusión pueden y deben de ejercerla, las dos tienen plasmado el sentimiento de -- asistencia y protección hacia la persona y bienes de los menores no emancipados, sentir que nosotros deseáramos que todos los que ejercen la patria potestad deberán tener para con sus descendientes, sin tratar de abusar de los derechos y facultades que la ley les otorga con el -- único fin de que procuren lo mejor para aquellos, claro está que dentro de sus posibilidades, pues no hay persona que pueda exigir más de lo que se le puede dar, cuando se le da lo mejor que se tiene.

Después de haber estudiado brevemente lo que fue la

(11) Messineo, citado por Castán, Vázquez, José María. "La Patria Potestad". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1960. p.8.

patria potestad en la antigüedad y algunas de las concepciones que de ella dan algunos de los muchos autores que tratan el tema, pasaremos a ver que es lo que nuestra legislación vigente señala al respecto.

Así diremos que al leer el capítulo referente a este tema nos dimos cuenta de que nuestro Código Civil no nos da una definición de lo que es o debe ser la patria potestad, sino que sólo se limita a establecer sobre qué y quién se ejerce y por quiénes puede ser ejercida, pues así lo señala el Artículo 413 :

"La patria potestad se ejerce
sobre la persona y bienes de
los hijos....."

También pudimos observar como reglamenta todo lo referente a quienes deben ejercer la patria potestad, los derechos y obligaciones que estas personas adquieren por ese hecho, así como el deber de los hijos de respetar a sus padres y ascendientes aunque estos últimos no ejerzan sobre ellos ningún derecho propiamente dicho, sin olvidar regular lo concerniente a los efectos que produce el ejercicio de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, de señalar los casos en que el ejercicio de ella puede ser excusable y de los modos de extinguir, suspender y perder el ejercicio de la misma.

No obstante lo anterior creemos necesario que nuestro Código Civil definiera lo que debe entenderse por patria potestad y más aún que a todas las personas que tienen hijos menores de edad y a aquellos que todavía no -- los tuviesen se les hiciera saber que es la patria potestad, cuan grande es su importancia y cuales las consecuencias posibles que pudieran darse en los casos de no cumplir con ese deber o de cumplirlo a medias.

Esta necesidad la creemos de vital importancia, toda vez que el régimen familiar es considerado como base de la sociedad y por consiguiente los preceptos que la -- reglamentan interesan al orden público y por ello no pueden modificarse por ninguna clase de convenio privados.

Pero entonces ¿qué es lo que deberá señalar nuestro Código Civil?, después de haber estudiado diversas concepciones podríamos atrevernos a manifestar nuestro -- sentir al respecto, señalando que nuestra legislación debería de definir a esta institución de la siguiente manera :

Art.413.-"La patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y facultades que la ley le otorga a los padres legítimos, naturales, -- adoptivos o a falta de éstos a -- los ascendientes a que se refiere el artículo 414, con el fin -- de proveer a la asistencia, protección e instrucción de los me-

nores de edad no emancipados y -
de cuidar sus intereses patrimo-
niales procurando darles una ma-
yor productividad....."

Este sentir lo basamos en el contenido humanitario, de asistencia y protección hacia la persona y patrimonio del menor que con el paso del tiempo ha ido adquiriendo esta institución, pues como nos hemos dado cuenta el estudiar brevemente el origen y evolución de ella, así como después de analizar algunas definiciones que al respecto se han dado, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la patria potestad busca mediante el conjunto de derechos, obligaciones y facultades, que al que ejerce el cargo se le otorgan, imponerles el deber moral y la conciencia social de formar a los menores tanto física, intelectual y espiritualmente, así como la obligación de cuidar de sus intereses patrimoniales y asistirlos en todas sus necesidades.

No obstante la deficiencia de nuestro Código en - - cuanto a la falta de una definición de patria potestad, debemos decir y hacer notar que a diferencia de antiguas legislaciones que señalaban que esta institución sólo podía darse legalmente dentro de la familia legítima y - que por consiguiente no podía surgir respecto de los hijos naturales, nuestra ley considera que esta institución nace de la relación paterno-filial tratándose con -

ésto de que ese deber de proteger y cuidar a los hijos - no dependa en exclusiva del vínculo matrimonial sino que lo hace extensivo a la simple procreación e incluso a la adopción, pensar que compartimos en todo lo que vale.

Nuestra ley también le confiere el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta a los padres y a falta de éstos, a los ascendientes que por orden de exclusión ejerzan este cargo, sin establecer una división de poderes y facultades que deban ejercer por separado cada uno de los que la ejerzan, por lo que los deberes y obligaciones que la ley impone al respecto deben ser cumplidos indistintamente por ambos padres o ascendientes, considerando así implícita la necesidad de que actúen de común acuerdo mirando siempre por el bienestar de los menores de edad no emancipados.

b) CARACTERES DE LA RELACION PATERNO-FILIAL. -

Por la propia naturaleza jurídica de que está investida la patria potestad podemos afirmar que no obstante de -- tratarse de un cargo de derecho privado, éste ejerce un interés público; es decir, que el interés de los padres debe coincidir con el interés general de los diversos -- grupos sociales.

Decimos que es un cargo de interés público porque - la ley les otorga a quienes la ejercen, un conjunto de de

beres y facultades, los cuales son derechos personalísimos de los titulares, sin olvidar que el derecho es un instrumento de convivencia que la sociedad ha creado con el fin de recoger los valores de las relaciones que entre ellos se suscitan, como lo sería el de proteger la persona y bienes de los desvalidos y de los menores de edad que son los que a nosotros nos importan.

Así es que si consideramos a la patria potestad como un derecho subjetivo personalísimo nos vamos a encontrar con que tiene las siguientes características :

b.1. IRRENUNCIABLE.

Para poder hablar de irrenunciabilidad tenemos que saber primero que renunciar significa "la manifestación de la voluntad de un sujeto mediante la cual se desprende de un bien, derecho o cargo." (12)

Así pues podemos definir a la irrenunciabilidad como la imposibilidad de un sujeto de desprenderse de un bien, derecho o cargo mediante la manifestación de su voluntad.

De acuerdo con nuestro Código Civil la patria potestad no es renunciable ya que así lo establece textualmen

(12) Pina, Rafael, De. "Diccionario de Derecho". - 12a. edición. Editorial porruá. p.429.

te en su artículo 448 :

"La patria potestad no es renunciable....."

aunque bien podría bastarnos el señalamiento que la ley hace al respecto, creemos necesario agregar que la irrenunciabilidad de la patria potestad se basa en el hecho de estar considerada como una institución de orden público, por la importancia que la familia tiene en la sociedad, trayendo como consecuencia que sean consideradas como normas de interés público las que la reglamentan y por tanto de carácter irrenunciable, pues así lo señala nuestro Código Civil vigente en su Artículo 6 que a la letra dice :

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente al interés público cuando la renuncia no perjudica derechos de terceros"

De acuerdo con el precepto legal antes invocado tenemos que el hecho de renunciar a la patria potestad va en contra de la ley, desde el punto de vista de que con esa renuncia se afecta el interés público y se perjudica a terceros quienes vendrían a ser los menores de edad no

emancipados, además de implicar el incumplimiento de la responsabilidad más seria que asumen los seres humanos y que es el hecho de traer hijos al mundo.

Si a todo esto añadimos que el cuidado y asistencia de la persona del menor no es sólo un derecho sino también un deber, el padre no puede renunciar a él por medio de un convenio, ni tampoco puede renunciar a la administración de los bienes del hijo ya que ello implicaría la total desprotección del menor, así pues podemos ampliarnos hasta los convenios que se elaboran con motivo de un divorcio diciendo que si bien en ellos se trata de reglamentar en cierta medida la forma en que los padres ejercerán la patria potestad de los hijos, es también claro que en ellos no pueden renunciar al derecho de tratar personalmente al hijo ya que eso equivaldría a la renuncia del derecho de cuidar de la persona del menor.

Cabe aclarar que el derecho que tienen los padres de consentir la emancipación del menor, hecho que a su vez produce la extinción de la patria potestad como lo veremos más adelante, por un acto voluntario de quien la ejerce, no implica una verdadera renuncia de los padres, sino más bien se considera que ellos ya no creen necesario ejercer ese cargo sobre el menor que reúne ciertas cualidades que lo hacen dejar de ser vulnerable a su medio ambiente y que por tanto puede proteger a su persona

y a su patrimonio.

Por todas estas razones hemos de decir que todos -- los pactos que contengan la renuncia de la patria potestad deben ser nulos, ésto sin perjuicio de lo señalado - en el Artículo 448 de nuestro Código Civil quien no obstante de señalar que la patria potestad no es renuncia-- ble, permite a aquellos que deben ejercerla la facultad de excusarse cuando tengan cumplidos sesenta años o más, o bien cuando por su mal estado de salud no pueden desem-- peñar debidamente su cargo, en cuanto a estos casos de - excusa debemos decir que nos parece un gran acierto de - nuestro legislador ésta disposición, ya que una persona de edad avanzada o que tenga un mal estado de salud difi-- cilmente puede atenderse a sí misma y como consecuencia de ello no podrá atender en su mayoría las necesidades - que por su condición le son indispensables al menor.

b.2. INTRANSFERIBLE.

Si bien es sabido que la transferencia "es un acto jurídico en virtud del cual un derecho es transmitido - por una persona a otra"⁽¹³⁾, también lo es que la intrans-- feribilidad es considerada como lo opuesto a aquella; es

(13) Pina, Rafael, De. "Diccionario de Derecho". -- 12a. edición. Editorial Porrúa. p.469.

decir, la imposibilidad de transmitir a otra persona un derecho que nos es otorgado.

Como hemos visto la patria potestad es considerada como una institución de orden público y por ello las normas que la rigen son de interés social, por lo consiguiente las personas que adquieren ese cargo, adquieren también un derecho personalísimo que no puede ser objeto de comercio por lo que no puede transferirse a título gratuito ni mucho menos a título oneroso, siendo como caso único de exclusión la figura de la adopción, único caso que acepta y contempla nuestra legislación, siempre que el Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción como forma de proteger la persona e intereses del menor, caso plasmado en el Artículo 403 del Código Civil vigente, mismo que señala :

"Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que....."

Como hemos apreciado esta institución es por regla general intransferible, lo cual no quiere decir que por ello los que la ejercen no puedan delegar en una tercera persona algunos de los derechos concretos derivados de la patria potestad, así bien, es frecuente que quienes -

ejercen esta potestad deleguen a otros el derecho y deber de educar y custodiar al menor de edad, ejemplo clásico de esta cuestión la encontramos en el hecho de que internen al menor en un colegio, lo cual no implica la transmisión de la patria potestad que ejercen sobre ellos.

b.3. IMPRESCRIPTIBLE.

Del Artículo 1135 de nuestro Código Civil podemos desprender la existencia de dos tipos de prescripción, la positiva y la negativa, la primera es aquella por medio de la cual se adquieren bienes o derechos y la segunda es por medio de la cual una persona puede librarse de obligaciones mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas al efecto por la ley.

Asimismo, señala nuestro Código Civil vigente en su Artículo 1137 :

"Sólo pueden prescribirse los bienes que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley."

Al ver ésto y tomando en consideración que la patria potestad es una carga personalísima para el que la ejerce, según hemos visto con anterioridad, siendo que por ello está fuera del comercio, podemos con apoyo en -

lo establecido por el Artículo 1137 del Código Civil vigente, afirmar que la patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción pues según la ley sólo son susceptibles de prescribir los derechos reales y personales que no afecten los derechos familiares, por ello las personas que tienen la obligación de ejercer ese cargo y no lo hicieren no pierden por ello esa obligación ni -- pierden tampoco el derecho de entrar a su ejercicio y como consecuencia de lo anterior aquellos que sin ser padre o madre o ascendiente directo del menor lo asiste, - protege y representa de hecho, no adquiere por el transcurso del tiempo la patria potestad de ese menor.

La mayoría de los autores que hablan sobre los caracteres de la patria potestad coinciden en que sólo son éstas la irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e intransferibilidad, pero hay otros autores y en especial - Sara Montero quien señala tres caracteres más, los cuales son :

CARGO DE INTERES PUBLICO.

Toda vez que "el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se consideran de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable."⁽¹⁴⁾

(14) Montero, Duhalt, Sara. ob.cit. p.342.

Esta afirmación la hace Sara Montero al decir que -
"la vida es el valor por excelencia, sustento de todos -
los demás que configuran el sentido de la existencia hu-
mana. El derecho es un instrumento de convivencia, reco-
ge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre
ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a
la categoría de conductas de interés público."⁽¹⁵⁾

Nosotros creemos que esta característica añadida -
por la autora está también apoyada por el deseo que tie-
ne el Estado de conservar la unidad familiar que es la -
base de la sociedad, por ello podemos ver que los legis-
ladores han plasmado en nuestro Código ese sentir al se-
ñalar que es un cargo que está fuera del comercio y que
por tanto es irrenunciable, imprescriptible e intransfe-
rible.

TEMPORAL

Entendiendo como temporal "todo aquello que dura -
por algún tiempo, que no es eterno."⁽¹⁶⁾

Ahora bien Sara Montero manifiesta al respecto que
"este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de -
edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoría
de edad de los hijos o hasta que contraen matrimonio an-

(15) Montero, Duhalt, Sara. ob.cit. p.342.

(16) Diccionario Enciclopédico Quillet, tomo XI.Edi-
torial Cumbre, S.A., p.384.

tes de la mayoría." (17)

Esta característica también la encontramos plasmada en nuestro Código en los Artículos 412 y 646 mismos que señalan :

Art.412.-"Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad....."

Art.646.-"La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

Visto lo anterior podemos decir que efectivamente - esta carga es de carácter temporal por lo que consideramos que es necesario hacer mención de esta característica como forma de subrayar que al mismo tiempo que se deja de ser menor de edad o de que se contrae matrimonio sién dolo, se acaba la obligación y deber del que ejerce la patria potestad respecto de esa persona, sin que con -- ello queramos decir que termine el deber moral de seguir velando por el bienestar de ella misma que también tiene la obligación de seguir respetando a los que cuidaron de su persona y de sus bienes, dándoles asistencia y protec ción que les fueron necesarias para su desarrollo y para el mejor rendimiento de su patrimonio.

(17) Montero, Duhalt, Sara. ob. cit. p.p.343 y 344.

EXCUSABLE.

Entendiendo por excusable "aquello que admite excusa o es digno de ella. Que se puede omitir o evitar." (18)

La autora basa esta característica en lo que dispone textualmente la ley que regula la materia en su Artículo 448 que a la letra dice :

- Art.448.- "La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse :
- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
 - II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender debidamente a su desempeño."

Agregando al respecto que "la excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente." (19)

Al respecto hemos de decir que estamos de acuerdo con el señalamiento que hace esta autora basándose en lo dispuesto expresamente por la ley, ya que si bien es -

(18) Diccionario Enciclopédico Quillet. ob. cit. - Tomo V. p.233.

(19) Montero, Duhalt, Sara. ob.cit. p.344.

cierto que la patria potestad por ser de interés público es irrenunciable, también lo es su finalidad de asistencia, protección y cuidado de la persona y patrimonio del menor, constituyéndose así, como una carga que necesita ser cumplida hasta sus últimas consecuencias, cargas que a su vez pueden resultar fatigosas para las personas de edad avanzada o de salud precaria y que por ello la ley les otorga la facultad de excusarse, pero no el derecho de hacerlo; es decir, si a pesar de que las personas sean de edad avanzada o de precaria salud pueden atender satisfactoriamente las necesidades del menor sin perjudicarlos en forma alguna, podrán y deberán seguir ejerciendo su cargo hasta que su misma condición se los permita o hasta que el menor de edad deje de serlo o contraiga matrimonio siendo aún menor de edad.

Después de haber estudiado las características que agrega esta autora, hemos de decir que estamos de acuerdo con ella en agregar éstas a las ya conocidas y estudiadas por diversos autores, toda vez que las mismas nos permiten ver más claramente el contenido e importancia que la patria potestad tiene para la sociedad y el derecho.

CAPITULO II. SUJETOS Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

a) Sujetos.

a.1. Sujetos Activos.

a.2. Sujetos Pasivos.

b) Efectos de la Patria Potestad.

b.1. Respecto de los sometidos a la patria potestad.

b.2. Respecto de los que ejercen la patria potestad.

b.2.1. Efectos sobre la persona del menor.

b.2.2. Efectos sobre los bienes del menor.

En este capítulo segundo de nuestro trabajo, - procederemos a analizar en relación con la institución - de la patria potestad, dos aspectos que consideramos de suma importancia, siendo éstos los referidos a los sujetos y a los efectos derivados de la patria potestad.

a) **SUJETOS.** Los sujetos a estudiar en esta capítulo son dos, los activos que son aquellos que tienen el deber de desempeñar el cargo, y los pasivos siendo éstas las personas sobre las cuales se ejerce la patria potestad.

A continuación nos dedicaremos a estudiar individualmente a cada sujeto :

a.1. SUJETOS ACTIVOS.

Respecto de estos sujetos nuestro Código Civil vigente ha establecido lo referente a las personas que tienen el ejercicio de la patria potestad y de la forma en que han de ser suplidos en este ejercicio cuando faltasen por alguna causa natural o legal.

Así tenemos, de acuerdo con el Artículo 414 del Código Civil, que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre, a falta de ellos por los abuelos paternos y a falta de éstos, por -

los abuelos maternos.

Como podemos darnos cuenta nuestro Código Civil establece el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta a los padres, logro conseguido con la desaparición de la concepción primitiva de esta institución, pues como lo hemos estudiado con anterioridad, ésta sólo podía ser ejercida por el jefe de familia.

Lo anterior no quiere decir que en caso de faltar - alguno de los dos progenitores, el otro no pueda seguir ejerciendo la patria potestad del menor, lo cual se hace extensivo a los abuelos que son llamados a ejercer el - cargo; es decir, que si falta alguno de los abuelos el - otro podrá seguir ejerciendo la patria potestad, ésto de conformidad con lo establecido por el Artículo 418 del - Código Civil.

En cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, nuestra legislación señala en su Artículo 415, que en el caso de haber sido reconocidos por los progenitores y éstos vivan juntos, deberán ambos ejercer la patria potestad de los hijos que hayan engendrado.

Si los hijos fuera de matrimonio fuesen reconocidos en el mismo acto por sus progenitores y éstos no viviesen juntos, ambos ejercerán la patria potestad, pero deberán con apoyo en lo dispuesto por el Artículo 380 de -

nuestro Código Civil, convenir cuál de los dos tendrá la custodia, y si no lo hicieren el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente atendiendo a los intereses del menor, de acuerdo con lo que manifiesten los padres y el Ministerio Público.

De acuerdo con el Artículo 381 del Código Civil vigente, cuando los hijos nacidos fuera de matrimonio no hayan sido reconocidos por sus progenitores en el mismo acto, pero sí en forma sucesiva y éstos no vivieren juntos, la patria potestad y la custodia serán ejercidas -- por el primero que hubiere reconocido al hijo, salvo convenio en contrario hecho por los padres y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio.

Respecto de estos dos últimos casos la propia ley establece en su Artículo 416 que, cuando por alguna circunstancia, cualquiera que ésta fuese, dejará de ejercer la patria potestad quien legalmente la tuviese, entrará a ejercerla el otro progenitor, y para el caso de faltar ambos padres de acuerdo con el Artículo 418 de la ley mencionada, entrarán al ejercicio del cargo los abuelos, dándole facultad al Juez de lo Familiar para decidir -- cual de ellos (los abuelos paternos o maternos), deberán ejercerla, tomando en cuenta lo que más convenga al bienestar del menor.

Respecto del hijo adoptivo la patria potestad con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 419 del Código Civil, será ejercida única y exclusivamente por la persona o personas que la hayan adoptado.

a.2. SUJETOS PASIVOS.

En cuanto a los sujetos sobre quienes se ejerce la patria potestad, el Artículo 412 de nuestro Código Civil vigente señala :

Art.412.- "Los menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

Al respecto Ricardo Couto señala : "siendo la patria potestad una institución tutelar y protectora del hijo, no debe durar más tiempo que aquel en que el sometido a su dominio, por la poca experiencia que resulta de su edad, no puede conducirse por sí mismo; consecuencia de lo cual es que el poder paterno no puede ejercerse más que respecto de los menores de edad." (1)

Nosotros compartimos la opinión de este autor, toda vez que como hemos visto con anterioridad, el fin de la

(1) Couto, Ricardo. "Derecho Civil Mexicano", tomo III. Editorial Vasconia. México 1919. p.296.

patria potestad es proteger al menor dándole asistencia, instrucción y cubriendo todas sus necesidades, cuidando también de su patrimonio mientras éste logra adquirir - las experiencias y conocimientos mínimos necesarios, para valerse por sí mismo, motivos por los cuales se cree que sería ya innecesario seguir ejerciendo potestad sobre ellos, sin querer decir con esto que los padres dejen de cumplir con el deber moral de velar por el bienestar de sus hijos.

b) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD. La relación que se da entre quienes ejercen la patria potestad y quienes están sometidos a ella producen efectos, mismos que la ley señala y que a continuación estudiaremos.

b.1. RESPECTO DE LOS SOMETIDOS A LA PATRIA POTESTAD.

De acuerdo con nuestro Código Civil vigente los sometidos a la patria potestad son :

Art.411.- "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar a sus padres y demás ascendientes."

El precepto legal antes mencionado señala un deber moral más que un deber jurídico, toda vez que el señalamiento de "honrar y respetar a los padres" lo podemos en

contrar también dentro de diversas normas religiosas, - ejemplo de ello lo encontramos en el cuarto mandamiento del Decálogo Cristiano que señala : "honrarás a tu padre y a tu madre", además de no existir una sanción para -- aquellos hijos que no respeten a sus padres y ascendientes.

También encontramos en este artículo la extensión - que a este deber se le da, pues no obstante de darse la emancipación del menor o la llegada de él a la mayoría - de edad tendrá el deber de seguir honrando y respetando a sus padres y ascendientes, es decir, que el dejar de - estar sometidos a la patria potestad no significa dejar de respetar y honrar a los padres.

El segundo deber que la ley impone al sujeto sometido a la patria potestad es el señalado en el Artículo -- 421 :

"Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que - la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente."

A nuestra consideración el precepto anterior tiene implícito el deber de convivencia, pues al estar viviendo en el mismo lugar necesariamente tiene que haber convivencia entre los padres y el hijo, además de que consi

deramos necesario el que padres e hijos vivan en la misma casa para tratar de lograr con ello el mejor desempeño del ejercicio de la patria potestad por parte de los primeros y la mejor asimilación de sus deberes, por parte de los segundos, debiendo comprender dentro del concepto de convivencia, el fortalecimiento de los lazos familiares para una mejor atención y educación de los ascendientes hacia los descendientes, derivados de la relación paterno-filial que implica una relación moral afectiva, basada en el respeto mutuo y comprensión entre los miembros de una familia que comparten un mismo lugar.

Lo anterior no tiene por objeto censurar el hecho de internar al hijo en colegios con el fin de lograr una mejor educación para éste, pues en los períodos vacacionales que pase al lado de sus padres necesariamente deberán convivir con ellos, lográndose con la convivencia la finalidad establecida en el Artículo 411, pues sería casi imposible que los hijos pudieran respetar y honrar a sus padres y ascendientes si no hubiera convivencia entre ellos, toda vez que el respeto se obtiene por medio de las buenas acciones que se realicen y del trato que a los hijos se les dé.

No obstante lo anterior, la ley le otorga al menor la facultad de solicitar a la autoridad competente la separación del hogar, lo cual deberá fundamentar en malos

tratos, malos ejemplos, mala educación, etcétera, que le sean dados por parte de quien ejerce la patria potestad sobre él.

Los sujetos a la patria potestad de acuerdo con el Artículo 304 de nuestro Código Civil vigente, también -- tiene la obligación recíproca de dar alimentos a los padres y a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

Lo que dispone el Artículo 304 es en razón a la obligación que tienen los que ejercen la patria potestad de dar alimento a los menores, de tal forma que si aquellos les hubieren proporcionado siempre lo necesario, és tos deberán ayudarlos cuando por alguna causa aquellos no pueden sostenerse por sí mismos.

b.2. RESPECTO DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

La ley le impone a estas personas diversos derechos y obligaciones tendientes a lograr el mejor desempeño de su cargo, teniendo estos derechos y obligaciones un doble carácter, siendo el primero respecto de la persona del menor y el segundo respecto de los bienes del menor, para tener una mejor idea de los efectos que sobre éstos se causan estudiaremos cada carácter por separado.

b.2.1. EFECTOS SOBRE LA PERSONA DEL MENOR.

El primer derecho y obligación que se le otorga a quien ejerce la patria potestad es el de la guarda del menor de edad no emancipado, este derecho es recíproco a la obligación del infante de no poder dejar la casa de quienes ejercen la patria potestad sobre él sin permiso de ellos o de la autoridad judicial competente, lo anterior se desprende del Artículo 421 de nuestro Código Civil.

Consideramos que el derecho de guarda se otorga a quienes ejercen la patria potestad con el fin de facilitarles el mejor cumplimiento de su cargo, es decir, para poder satisfacer las necesidades del menor es necesario que viva bajo el mismo techo de quien ejerce la patria potestad, pues es imposible cuidar y vigilar a una persona que no está a nuestro lado, lo cual no quiere decir que no se pueda internar al menor en un colegio con miras a lograr su mejor educación, delegando con ello a un tercero el derecho de guarda, custodia y educación.

La consecuencia que trae consigo el derecho de guarda es la designación del domicilio legal del menor, el cual será el de la o las personas que ejerzan la patria potestad, esto es una consecuencia natural del deber impuesto al menor de convivir con quienes ejercen el cargo sobre ellos, para el caso de estar internado el menor su domicilio legal será aquel en donde viva la persona que

ejerce la patria potestad.

En cuanto al derecho de custodia o vigilancia del menor hemos de remarcar la importancia y extensión que éste tiene para lograr la mejor educación del menor, con esto queremos decir que la persona que ejerce la patria potestad tiene incluso el derecho de revisar la correspondencia de los menores cuando crean con justa causa que ellas pueden contener alguna información que pueda ser nociva para la salud mental de éstos, así como para el caso de ser necesario les prohiban tratar con cierto tipo de persona que pueda afectar su desarrollo tanto físico como mental.

Otro punto importante del derecho de vigilancia es el de oponerse al tipo de educación que se le esté dando al menor en los colegios donde estudie y el tipo de religión que se le esté inculcando, ya sea en la misma escuela o por un tercero.

De acuerdo con el Artículo 422 de nuestro Código Civil vigente, todas las personas que tienen uno o varios hijos bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente.

Respecto de este deber encontramos en nuestro Código Civil comentado un señalamiento importante que dice : "La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y conciencia social que tien

dan a hacer del educando un ser útil a sí mismo y a la colectividad en que vaya a desenvolver sus actividades privadas y públicas." (2)

El comentario anterior nos hace pensar en la importancia tan grande que tiene la educación del menor para que logre satisfacer sus propias aspiraciones, así como los anhelos de quien ejerce la patria potestad sobre él, logrando con ello desenvolverse dentro de su núcleo social realizando la actividad que ellos escogieron, dando así su colaboración a la colectividad, ya que sería imposible que una persona pudiera ayudar a otras realizando alguna actividad con la que no estuvo de acuerdo en estudiar o aprender.

Respecto de lo último que señalamos Ricardo Couto comenta : "el padre tiene el derecho de escoger el género de educación que debe recibir el hijo. Pero ¿este derecho es absoluto? ¿el hijo está obligado a seguir la carrera que le imponga la persona que ejerce la patria potestad, aunque esa carrera sea contraria a sus aspiraciones e inclinaciones naturales?" (3)

(2) Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. - Comentario. T.I. Primera Reimpresión. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México 1987. p.280.

(3) Couto, Ricardo. ob.cit. p.301.

Nosotros contestaríamos a estas preguntas de la siguiente manera : a la primera diríamos que no es un derecho absoluto, porque de él depende las aspiraciones e inclinaciones del menor; a la segunda, consideramos que de ninguna manera debe ser obligado el menor a seguir tal o cual carrera u oficio que se le imponga, pues del derecho de escoger la carrera u oficio que llenen sus aspiraciones y satisfaga sus anhelos depende el desenvolvimiento y las aportaciones que a su núcleo social den.

Este sentir lo basamos en el propio artículo que señala la obligación de educar al menor, especificando que debe ser en forma conveniente, lo cual quiere decir que no es una educación conveniente aquella que no se aviene con las inclinaciones, aptitudes y vocación del menor, - sin querer con esto prohibirles a los que ejercen la patria potestad el derecho de hacerles saber a los menores los pros y los contras de la carrera u oficio al que pretendan dedicarse, y el deseo de que se dediquen a la carrera u oficio que a su juicio consideran sea el mejor - para que logren sobresalir dentro de su esfera social.

Asimismo, implica para el caso de estar el menor enfermo de sus facultades ya sean físicas o mentales, el deber de los padres de darles la instrucción o capacitación que les sea necesaria para lograr la adaptación de los menores al núcleo social en el que se desarrollarán.

También creemos que la palabra "convenientemente" - se refiere a las buenas costumbres y buenos modales que los padres deben inculcar a sus descendientes, para que éstos tengan el debido desenvolvimiento, enriqueciendo - así la moral familiar y creando mejores ciudadanos.

Respecto de la educación moral que los padres deben de dar a los hijos el Papa Pío XII manifestó que ésta debe ser "... una educación moral y religiosa que ilumine y guíe a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres y - dé así a la imagen de Dios una semejanza....." (4)

Nos hemos referido al señalamiento que el Para Pío XII dió respecto a la educación moral, por la importancia que ésta tiene en la formación y desenvolvimiento - del menor, pues si no le son inculcados al menor valores morales y espirituales, éste no podrá respetar y amarse a sí mismo y a sus semejantes.

Con lo anterior no queremos decir que la educación moral debe basarse en las normas espirituales que da la religión Católica en especial, sino por el contrario, - los padres pueden educar a sus hijos de acuerdo a su religión, inculcándoles los valores morales que para ella

(4) Pío XII, citado por Ibarrola, Antonio, De. ob. cit. p.363.

son importantes, y que en sí tienen la misma finalidad, dar al menor la luz interior que guía su comportamiento y sus pasos hacia su plena satisfacción tanto física como intelectual, logrando con ello su plena realización y desenvolvimiento dentro de la sociedad.

En lo referente a la educación física que al menor debe darse, la importancia de ella radica en lograr el desarrollo de una persona sana y fuerte haciéndola menos susceptible a las condiciones del medio ambiente en el -- cual va creciendo y en el cual tendrá que desenvolverse.

Con lo anterior hemos querido demostrar la importancia que la educación tanto física e intelectual como moral y religiosa tienen respecto a la formación que con ella se le da al menor, pues es la base de su futuro y de ella depende que esos menores logren ser seres útiles a la sociedad, libres de complejos y traumas que pudieran llevarlos por caminos equivocados, contrarios a la finalidad que se busca con la reglamentación de la patria potestad.

La misma ley señala en su Artículo 423 que para los efectos del Artículo 422 (referente a la educación del menor), los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos así como la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, dándoles el auxilio de las -

autoridades para el caso de ser necesario.

La ley considera necesario otorgarle a quienes ejercen la patria potestad la facultad de corregir al menor, para lograr la obediencia y respeto de aquellos, lo cual no quiere decir que puedan excederse en los correctivos que les apliquen a los menores, es decir, podrán llamarles la atención diciéndoles las consecuencias que pueden traer determinados tipos de conductas o bien aplicarles algún correctivo o castigo corporal moderado, ésto es, - que no lleguen a ocasionar lesiones que pongan en peligro la salud del menor, abusos que puedan traerles consecuencias penales a quienes ejercen la patria potestad.

Los correctivos que al menor se le impongan siempre estarán en función de evitar que éstos por su carácter - rebelde, por su falta de cuidado al realizar ciertos actos o por su inexperiencia puedan ocasionar daños a su propia persona o a terceros (ante quienes deberán responder por los daños y perjuicios que el menor les haya ocasionado); es decir, que quienes ejerzan la patria potestad no podrán imponer correctivos a los menores si no media causa justificada, pues de lo contrario incurrirán - en delitos que la ley penal sanciona con multas o prisión, además de poder imponerles la suspensión o privación del ejercicio de la patria potestad para el caso de reincidencia.

Por otro lado el hecho de que la ley les imponga a quienes ejercen la patria potestad la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo al menor, implica el deber de predicar con el ejemplo; es decir, cómo se le puede pedir al menor que no haga algo o que se comporte de tal o cual forma, cuando quienes se lo indican hacen o se comportan de la manera que a ellos les están censurando. Esto sería ilógico y traería como consecuencia un desequilibrio emocional en el menor, así como la fijación de la conducta inadecuada, lo que iría en contra de la finalidad que persigue nuestra institución.

En cuanto al auxilio que deben prestar las autoridades a quienes ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia (auxilio que en la práctica difícilmente se da, toda vez que los padres prefieren dejar hacer a sus hijos lo que quieran, antes de admitir que ellos han influido en alguna forma en ese mal comportamiento, ya sea por darles malos ejemplos, tratarlos mal, etcétera), hemos de decir que las autoridades antes de prestar el auxilio, deben enterarse de las causas que tuvieron los menores para actuar de tal o cual forma, para poder así, hacer uso de amonestaciones y correctivos que ayuden al que ejerce la patria potestad a encausar el comportamiento del menor, debiendo ser las autoridades objetivas para no dejarse influenciar por el enojo de los -

que ejercen el cargo o custodia del menor, ni por las declaraciones de los menores tendientes a probar su inocencia y a hacer responsables de todo a aquellos.

Respecto de los alimentos que al menor deben darse, encontramos que éstos no están regulados dentro del capítulo de la patria potestad, sino que nuestro Código Civil los hubica dentro del capítulo que en especial dedica a los alimentos, así encontramos en el Artículo 303 - la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos, señalando también que a falta de padres, la obligación - recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Como podemos ver este artículo hace extensiva la obligación de dar alimentos a los demás ascendientes para el caso de que por algún motivo de fuerza mayor, - los que deben proporcionar en principio los alimentos no puedan cumplir con la obligación, claro es que deben comprobar la imposibilidad que fuere causa de no poder dar los alimentos, de ser comprobado esto último los demás - ascendientes tendrán el deber de proporcionar al menor - los alimentos.

Galindo Garfias dice : "La obligación alimenticia - subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe --

recibirlos."(5)

La opinión de este autor nos parece acertada en la medida de que es necesario proporcionar alimentos al mayor de edad cuando éste por alguna causa justificada (como lo sería el seguir estudiando, el padecer alguna enfermedad crónica, etc.), no pueda sostenerse a sí mismo, tomando en cuenta que los alimentos comprenden según el Artículo 308 de nuestro Código Civil, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad; así como los gastos para la educación del menor y la proporción de un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Como podemos ver la obligación de dar alimentos es importante para lograr el desarrollo físico, mental e intelectual de los menores pues de ella depende en gran medida el bienestar de él y su preparación para enfrentar su vida futura.

Nuestro Código Civil vigente en su Artículo 425 señala lo referente a la representación legal de los menores de edad no emancipados, preceptuando que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella.

(5) Galindo, Garfias, Ignacio. ob.cit. p.680.

Respecto de la representación de los menores señala José Ma. Castán Vázquez : "los menores necesitan en la vida jurídica la asistencia de otras personas." (6)

Nosotros consideramos esta opinión toda vez que, -- por su propia inexperiencia y minoría de edad los sujetos a la patria potestad son incapaces jurídicamente para contraer obligaciones y para comparecer a juicio, por lo que les es necesario tener un representante legal para que a su nombre contraiga las obligaciones y lo represente en juicio, mirando el representante hacia la conveniencia del menor y no a la propia.

A nuestro parecer la representación del menor se da para tratar de evitar los abusos de que pueden ser objeto por parte de las personas que deecen contratar con él, buscando sacarle más ventajas a la poca experiencia y conocimientos del menor.

b.2.2. EFECTOS SOBRE LOS BIENES DEL MENOR.

Los efectos sobre los bienes del menor son derechos y obligaciones que quienes ejercen la patria potestad tienen, dirigidos estos a proteger el patrimonio del menor, quien por su falta de experiencia y su incapacidad

(6) Castán, Vázquez, José María. ob.cit.p.209.

para manejar su patrimonio, necesitan de alguna persona que proteja sus bienes.

El Artículo 425 señala en su parte final que quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a quienes están bajo de ella.

No obstante lo preceptuado por este artículo hemos de hacer notar que la facultad de administrar los bienes no abarca todo el patrimonio del menor, toda vez que sus bienes son divididos por la propia ley en : bienes que adquiere por su propio trabajo y bienes que adquiere por cualquier otro título, (esta división la encontramos en el Artículo 428 de nuestro Código Civil), siendo que la administración y el usufructo de los primeros le pertenecen al menor de acuerdo a lo establecido por el Artículo 429 de la ley mencionada.

Respecto de los bienes a que se refiere el Artículo 429 el Código Civil comentado manifiesta : "se concidera que si el menor tiene capacidad para adquirir bienes por su trabajo, la tiene para administrar dichos bienes y para disponer de ellos libremente."⁽⁷⁾

Consideramos este comentario muy acertado ya que --

(7) Código Civil. Comentado. ob.cit.p.p.283 y 284.

resultaría ilógico que una persona capaz (a pesar de su minoría de edad), de adquirir bienes o acrecentar su patrimonio por esfuerzo propio, no pudiera tener capacidad para disponer de ellos en la forma que considerase más conveniente, claro es que no por ello dejará de tomar en cuenta las opiniones y sugerencias que al respecto le hagan las personas que ejercen la patria potestad sobre él.

En cuanto a los bienes que el menor adquiere por cualquier otro título, la ley a la que estamos haciendo referencia señala en su Artículo 430 que la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al menor; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad; si los bienes adquiridos por los menores son producto de herencia, legado o donación y el testador o donante dispuso que el usufructo pertenezca exclusivamente al menor o se destine a un fin determinado, se estará a lo que éstos hayan dispuesto.

Este artículo tiene como finalidad proteger al menor de los abusos de que puede ser objeto por parte de quienes ejercen la patria potestad y como consecuencia de ello tienen la administración legal de sus bienes, limitando la ganancia que por el hecho de administrarles otorga la ley.

Si bien es cierto que la administración tiende a --

proteger los bienes del menor, también lo es que los administradores no pueden disponer libremente de esos bienes; es decir, sólo podrán disponer de ellos cuando las necesidades del menor lo requieran y no cuando los administradores decidan, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 436 del Código Civil vigente, que señala que -- los que ejercen la patria potestad no podrán enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al menor, sino por causa de - absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la - autorización del Juez competente.

La persona que administra los bienes del menor también lo representan en juicio, pero no podrán celebrar - ningún convenio para terminarlo si no cuenta con la autorización expresa de su consorte (para el caso de ser dos personas las que ejercen la patria potestad y se haya designado a uno como administrador de acuerdo con lo establecido por el Artículo 426 de la ley de la materia), - mismo que siempre debe manifestar su parecer respecto a los actos de administración que realice el otro consorte, además deberá contar con la autorización judicial respectiva para los casos que la ley requiera expresamente de estos consentimientos, para poder dar por terminado el - juicio.

Otra limitación al derecho de administrar los bie--

nes del menor lo encontramos en la segunda parte del Artículo 436 del Código Civil, mismo que le prohíbe a quienes ejercen la patria potestad celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, tampoco podrán recibir rentas adelantadas por más de dos años; vender valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, ganado y frutos por menos valor del que coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes del menor o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

Para el caso de que la persona quien ejerza la patria potestad no administre los bienes del menor mirando hacia el mejor aprovechamiento y rendimiento de éstos, la ley faculta al interesado si tiene catorce años cumplidos o a cualquier persona interesada o al Ministro Público, a recurrir al Juez competente para impedir que por la mala administración del que ejerce el cargo, disminuya notablemente el patrimonio del menor.

Siempre que llegue a su término la patria potestad, la persona que tuvo a su cargo la administración de los bienes del menor, tiene la obligación de rendirle cuentas a éste con el fin de demostrar su buena administración o las deficiencias que éste tuvo.

Como hemos podido apreciar la administración de los bienes del menor trae consigo una serie de derechos y -

obligaciones muy delicadas, ya que sólo se le dan al administrador facultades limitadas con el fin de lograr el mejor aprovechamiento y rendimiento de los bienes del menor, tratando con ello de evitar el derroche, abuso o mala administración de sus bienes por parte de quien los administra.

En cuanto al usufructo legal, hemos de recordar que la ley les otorga el derecho a él únicamente cuando se trate de bienes que los menores no adquieran por su propio trabajo, debiendo este usufructo dividirse por partes iguales al menor y al administrador. En lo que toca al administrador se dice que la mitad que le toca le pertenece por partes iguales a él y a su consorte si la tuviere.

Ricardo Couto define al usufructo como una "ayuda concedida por la ley a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, para el mejor cumplimiento del deber que tienen de mantener y educar a la prole." (8)

Estamos de acuerdo con este autor en definir el usufructo como una ayuda para el que ejerce la patria potestad, pues hay casos en los cuales no obstante que, quienes ejercen el cargo, dan todo lo que está dentro de sus

(8) Couto, Ricardo. ob.cit. p.320.

posibilidades para cubrir las necesidades del menor, no logran satisfacerlas por completo, por lo que la ley considera que si el menor ha adquirido bienes por algún me-dio que no sea su trabajo, y tomando en consideración - que quien ha administrado esos bienes lo ha hecho de la forma adecuada, debe dársele esa ayuda para así estar en posibilidades esta persona, de satisfacer por completo - las necesidades del menor, tomando de la parte que a és-te le corresponde lo indispensable para satisfacer sus - necesidades y para el caso de que no le alcanzare, utili-zará la parte que la ley le ha otorgado como ayuda para cubrirlas en su totalidad. Esto último con apoyo en lo dispuesto por el Artículo 319 del Código Civil vigente.

Mario Rotondi dice al respecto : "en cuanto a la - forma de su ejercicio, este usufructo lleva consigo todas las obligaciones correspondientes al usufructuario - (excepto la de prestar caución), pero precisamente por - su finalidad soporta también las cargas de los gastos de mantenimiento, instrucción y educación del hijo." (9)

Como podemos ver este autor coincide con el pensar de Ricardo Couto, mismo sentir que nosotros compartimos, toda vez que la finalidad de la patria potestad es lo-

(9) Rotondi, Mario. ob.cit. p.588.

grar entre otras cosas el bienestar del menor y la protección de sus intereses.

Nuestra ley también le exige a quienes ejercen la administración de los bienes del menor en su Artículo 334 cumplir con las obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título, ésto es, hacer inventarios y avaldos de los bienes del menor antes de entrar en el disfrute de ellos, usarlos para el objeto que están destinados, regresarlos al propietario cuando se extinga el derecho, etcétera, sin exigirles ninguna fianza para garantizar el buen desempeño de su cargo y el pago de posibles daños, ya que se considera que estas personas -- ejercen este cargo movidos por el afecto que le tienen al menor y no por un afán de lucro.

No obstante lo anterior hemos de decir que la misma ley señala en el Artículo 334 los casos de excepción, en los cuales deberá la persona que administra los bienes otorgar fianza para garantizar el buen desempeño de su función, siendo estos : cuando quienes ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén en -- concurso; cuando contraigan ulteriores nupcias; o cuando su administración sea notoriamente ruinoso para el menor.

La anterior disposición se establece con el fin de no dejar desprotegido económicamente al menor.

Para finalizar con lo que se refiere al usufructo -

hemos de decir que las personas que ejercen la patria potestad y como consecuencia de ello la administración de los bienes del menor, tienen el derecho de renunciar a la mitad del usufructo de aquellos haciendo constar esa renuncia en forma fehaciente que no deje lugar a dudas, pudiendo renunciar a favor del menor ese derecho considerándose en este caso como donación, lo anterior con apoyo en lo dispuesto por el Artículo 431 y 432 de nuestro Código Civil.

Como hemos podido observar en el desarrollo de este capítulo, muchos de los efectos que se dan entre quienes ejercen y quienes están sujetos a la patria potestad son recíprocos, pero la mayoría de ellos se dan en función de lograr el mejor desarrollo físico, intelectual y moral del menor.

**CAPITULO III. SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA
PATRIA POTESTAD.**

- a) Suspensión de la patria potestad.
 - a.1. Por incapacidad declarada judicialmente.
 - a.2. Por ausencia declarada en forma.
 - a.3. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

- b) Pérdida de la patria potestad.
 - b.1. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
 - b.2. En los casos de divorcio.
 - b.3. Costumbres depravadas de los padres y malos tratos.
 - b.4. Por la exposición o abandono de los hijos.

- c) Extinción de la patria potestad.
 - c.1. Por muerte de quien la ejerce.
 - c.2. Por la emancipación derivada del matrimonio.
 - c.3. Por la mayoría de edad del hijo.

De acuerdo con el capítulo anterior son varios los derechos y obligaciones que tienen las personas que ejercen la patria potestad, explicamos en ese Capítulo - cuales son esos derechos y esas obligaciones, sin mencionar las consecuencias que pueden traer consigo la negligencia o el incumplimiento de algunos de esos derechos y obligaciones.

Las dos primeras figuras que estudiaremos tienen por objeto sancionar la negligencia o el incumplimiento en que incurrieron aquellas personas que ejercieron la patria potestad sobre un menor, no así la última, que trata sobre las causas naturales por las cuales ya no es necesario seguir ejerciendo el cargo.

a) SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. Se entiende por suspensión la acción y efecto de suspender o suspenderse. Corrección gubernativa que priva en todo o en parte del uso del oficio, beneficio o empleo o de sus goces y emolumentos." (1)

Tomando en cuenta el concepto general de la suspensión, podemos nosotros definir a la suspensión de la pa-

(1) Palomar, De Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Editorial Mayo. México 1981. p.1289.

tria potestad como el acto judicial por medio del cual - se priva temporalmente a la persona o personas que la - ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por - causas imputables a la propia persona o personas.

Con base en esta definición podemos afirmar que la patria potestad sólo puede ser suspendida por medio de - resolución judicial, con el fin de privar temporalmente a estas personas del ejercicio de su cargo cuando hayan incurrido en alguna de las causas establecidas por la - ley.

El Código Civil en su Artículo 447 señala las tres formas por medio de las cuales la patria potestad puede suspenderse, nosotros estudiaremos cada causa por separado.

a.1. POR INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE.

Para poder hablar de incapacidad es necesario saber que es la capacidad, así tenemos que para Fernando Flores la capacidad es "la facultad que tienen los individuos - para ser titulares de derechos y obligaciones." (2)

Debemos distinguir los dos tipos de capacidades que hay, para poder entender mejor el concepto de incapaci--

(2) Flores, Gómez, Fernando. "Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil". 4a. Edición. Editorial Porrúa. México 1984. p.56.

dad que daremos más adelante, así pues tenemos que la ca
pacidad se divide en : de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce "es la aptitud para ser titu--
lar de derechos o para ser sujeto de obligaciones." (3)

De acuerdo con esta definición y con la ley podemos
señalar que la capacidad de goce se adquiere por medio -
del nacimiento y se pierde por la muerte, la excepción a
esta regla es el ser concebido no nacido (nasciturus) ya
que para algunos casos se le considera como sujeto vivo
y por ende susceptible de tener derechos.

La capacidad de ejercicio "es la aptitud que tiene
el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de -
celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y
cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones con
ducentes ante los tribunales." (4)

Hemos considerado de importancia la necesidad de de
finir la capacidad y las clases en que ésta se divide, -
para hacer notar que es la capacidad de ejercicio la que
a nosotros nos interesa, pues según hemos visto en el de
sarrollo de los capítulos anteriores, la patria potestad
es un cargo que por su importancia jurídica y trascenden

(3) Rojina, Villegas, Rafael. "Compendio de Dere--
cho Civil". Tomo I. 18a. Edición. Editorial Porrda. Mé-
xico 1982. p.158.

(4) Idem. p. 164.

cia social, sólo le puede ser confiado a las personas - que por sí mismos hacen valer sus derechos y cumplen con sus obligaciones.

Antes de referirnos al tipo de incapacidad objeto - de nuestro estudio, diremos que la incapacidad en gene--ral se define a contrario "sensu" del concepto de capaci--dad; es decir, como la imposibilidad que tienen los indi--viduos para ser titulares de derechos y obligaciones.

Del mismo modo que hemos definido a la incapacidad en general, es decir a contrario "sensu", podemos defi--nir a la incapacidad de ejercicio, esto es, como la impo--sibilidad del sujeto de hacer valer sus derechos, cele--brar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cum--plir sus obligaciones o ejercitar sus acciones.

De acuerdo con lo arriba señalado podemos decir que los tipos de incapacidades a que debemos referirnos son a los señalados en las fracciones II y III del Artículo 450 del Código Civil vigente el cual señala textualmente:

Art.450.- "Tienen incapacidad natural y legal.

Frac. I ...

Frac. II Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan interva--los lúcidos;

Frac. III Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir."

Basamos nuestro sentir de considerar a estas incapacidades como originadoras de la suspensión de la patria potestad, en el hecho de estar imposibilitada la persona para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma, lo cual trae como consecuencia la imposibilidad de representar a otra; es decir, cómo puede una -- persona representar a otra y cuidar de sus intereses -- cuando no puede representarse a sí misma ni cuidar de -- sus propios intereses.

Como recordaremos la finalidad a conseguir con la -- reglamentación de la patria potestad es la de proveer a la asistencia, protección e instrucción del menor y cuidar de sus intereses patrimoniales procurando darles una mayor productividad otorgándoles la ley derechos, obligaciones y facultades para facilitarles el mejor desempeño de su cargo.

Lo anterior trae implícito el que sólo las personas con capacidad de ejercicio pueden ser susceptibles de -- ejercer la patria potestad, tomando en cuenta que también esta institución tiene por objeto representar legalmente a los menores y adquirir derechos y obligaciones a nombre de ellos.

Con lo anterior queremos decir que sería ilógico -- que una persona incapaz de adquirir derechos y obligaciones así como de representarse a sí misma, representara o

adquiriera derechos y obligaciones por otra que por su -
minoría de edad también resulta ser una persona incapaz,
por lo que se considera necesario separar a la persona -
incapaz del poder paterno, toda vez que, el permitirles
seguir ejerciendo el cargo podría traer consecuencias no
civas a la persona y patrimonio del menor.

Para efectos de decretar la suspensión de la patria
potestad por incapacidad, no basta que los padres o des-
cendientes estén privados de hecho de sus facultades men-
tales o sean sordo-mudos sin instrucción, sino por el --
contrario, será necesario que la incapacidad sea declara-
da y probada ante el Juez de lo Familiar, para que éste
con base en todas esas declaraciones y pruebas pueda de-
clarar la incapacidad de la persona y como consecuencia
de ello decretar la suspensión del ejercicio de su cargo.

a.2. POR AUSENCIA DECLARADA EN FORMA.

Al respecto se hace necesario destacar lo que debe
entenderse por ausencia tanto en el sentido común como -
en el sentido jurídico; en lo referente al primer aspect-
to, por ausencia debe entenderse que una persona no se -
encuentra o está presente en un lugar determinado, pero
con la certeza de su existencia. En el sentido jurídico
"la ausencia es, para la legislación, la persona cuyo pa-
radero se ignora, de quien no se han tenido noticias y -

ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su actitud." (5)

Hemos considerado necesario dar el concepto de ausencia para poder entender mejor la figura del ausente contenida en el Artículo 649 del Código Civil vigente el cual se refiere al caso en que una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle además de no tener quien lo represente.

Como podemos observar este precepto legal encuadra en el concepto jurídico de ausencia, aunque propiamente dicho, no la defina.

De acuerdo con los Artículos 649 y 650 de nuestro Código Civil, antes de declarar la ausencia es necesario promover su presunción; es decir, cuando una persona haya desaparecido del lugar de su residencia ordinaria y se ignore su paradero y si tiene o no representante o apoderado, deberá presentar ante el Juez competente un escrito haciéndole saber tal circunstancia, el Juez al tener conocimiento de esa situación nombrará a petición de parte o de oficio un depositario de los bienes del ausente si los tuviere con el fin de asegurarlos y protegerlos, asimismo, deberá citarlo por medio de edictos, los

(5) Código Civil. Comentado. ob.cit. p.406.

cuales deberán ser publicados en los principales periódicos del lugar en donde haya tenido su último domicilio, para que se presente ante él dentro de un término no inferior de tres meses ni superior de seis, debiendo el Juez (en su caso), remitir copia de los edictos publicados a los Cónsules mexicanos de los países en donde se presume pudiera encontrarse el ausente o tener noticias de él.

Las medidas provisionales que el Juez tomará serán en relación a la protección de los hijos (si los hubiere), nombrándoles tutor dativo para el caso de no haber ascendientes que ejerzan la patria potestad sobre ellos, asimismo, nombrará depositario de los bienes del ausente (si tuviera), y nombrará también representante o ampliando las facultades al que se hubiera designado, según el caso.

Si cumplido el término del llamamiento el citado no compareciere por sí ni por apoderado legítimo ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante para que actúe en nombre del ausente en todos los actos jurídicos relacionados con su persona, su familia y bienes, esto con apoyo en el Artículo 654 del Código Civil.

Lo anterior se hará también cuando habiendo representante el poder que le haya conferido el ausente cadu-

que o sea insuficiente, según lo señala el Artículo 655 del Código Civil.

El Artículo 666 del Código Civil señala que para el caso de ser designado el representante ante el Juez o por él, cada año contado a partir de aquel en que haya sido nombrado el representante se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, debiendo éstos contener el nombre y domicilio de su representante y el tiempo que faltase para que se cumpla el plazo para declarar formalmente la ausencia, estos edictos deberán de acuerdo con el Artículo 667 del mismo ordenamiento, publicarse durante dos meses con un intervalo de quince días cada uno, siguiendo el mismo señalamiento hecho anteriormente.

Es necesario seguir este procedimiento para poder solicitar la declaración de ausencia, pues de acuerdo con el Artículo 669 del Código Civil habrá acción para pedirla pasados dos años contados a partir del día en que haya sido nombrado el representante del ausente.

Para el caso de haber dejado el ausente apoderado general para la administración de sus bienes, el Artículo 670 del ordenamiento legal antes invocado indica que la acción para solicitar la declaración de ausencia podrá pedirse pasados tres años, los cuales se contarán desde la desaparición del ausente si en ese período no se tuvieron noticias de él, o desde la fecha en que se -

hayan tenido las últimas.

Una vez transcurridos cualquiera de los términos - arriba señalados, cualquier persona interesada o el Mi-- nisterio Público, podrá solicitarla a la autoridad compe-- tente la declaración formal de ausencia.

Si el Juez encuentra fundada la demanda, deberá or-- denar con apoyo en el Artículo 674 del Código Civil se - publique ésta durante tres meses, con intervalos de quin ce días, publicación que deberá hacerse en el Periódico Oficial que corresponda y en los principales periódicos del último domicilio del ausente, remitiendo una copia - de la misma a los Cónsules según el caso, ésto de confor midad con el Artículo 650 del mismo ordenamiento.

Hecho lo anterior y pasados cuatro meses contados a partir de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el Juez -- procederá a declarar en forma la ausencia.

Para el caso de tener alguna noticia del ausente o de haber oposición por parte de algún interesado, el - Juez con apoyo en el Artículo 676 del Código Civil no - declarará la ausencia sin repetir las publicaciones a - que se refiere el Artículo 674 y hacer las averiguacio-- nes convenientes.

Una vez agotados los recursos pendientes a lograr - la comparecencia del ausente sin resultados positivos, -

el Juez declarará formalmente la ausencia, ordenando con apoyo en el Artículo 677 del Código Civil la publicación de la resolución en los periódicos a que hemos hecho referencia con anterioridad, por tres veces en intervalos de quince días mandando las copias correspondientes a los Cónsules. Estas publicaciones se repartirán cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

De acuerdo con el Artículo 705 del Código Civil reformado el 10 de enero de 1986 en su primer párrafo, establece que la presunción de muerte podrá ser pedida a instancia de parte interesada, pasados seis años contados a partir del día en que el Juez haya declarado formalmente la ausencia.

El mismo artículo en su segundo párrafo señala que para el caso de haber desaparecido el individuo por haber tomado parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años contados a partir de su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que sea necesario para estos casos previamente la declaración de ausencia.

Asimismo, en su último párrafo previene para el caso de ser la desaparición consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y -

existiendo presunción fundada de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, basta rá el transcurso de seis meses contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo Familiar declare la presunción de muerte. En estos casos el Juez ordenará se publique la solicitud de la declaración de presunción de muerte, por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

Después de haber estudiado lo referente a la presunción de ausencias, la ausencia declarada en forma y la declaración de presunción de muerte, podemos hacernos la siguiente pregunta : ¿En cuál de estos procedimientos ca be declarar la suspensión de la patria potestad?

De acuerdo a lo establecido en la fracción segunda del Artículo 447 del Código Civil la ausencia de la patria potestad procede en el segundo caso planteado; es decir, cuando la ausencia es declarada en forma pro el Juez.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta disposición, toda vez que consideramos necesario que la patria potestad sea suspendida desde el momento en el cual se presume la ausencia de la persona que ejerce el cargo, ya que los menores no deben de quedar desprotegidos ni mucho me nos depender de una persona de la cual se ignore su para dero, más aún cuando él y la otra persona que ejerce la

patria potestad (si la hubiere), dependen económicamente del ausente, y éste no tuviese bienes con los cuales se pudieran seguir sosteniendo las personas que dependen de él.

En lo referente a los hijos que se encuentran bajo la patria potestad del ausente como ya lo hemos mencionado, el Artículo 651 previene para el caso de no haber ascendientes que deban ejercer el cargo conforme a derecho, ni tutor testamentario, ni legítimo, el Ministerio Público deberá solicitar que se le nombre tutor, llevándose a cabo este procedimiento antes de declarar formalmente la ausencia.

Como podemos darnos cuenta lo dispuesto por el Artículo 651 del Código Civil es totalmente contradictorio a lo establecido por la fracción II del Artículo 447, ya que mientras el primero trae implícita la suspensión del ejercicio de la patria potestad del ausente cuando no ha sido declarada formalmente la ausencia por el Juez, el segundo señala que se suspenderá del ejercicio de la patria potestad al ausente cuando el Juez haya declarado formalmente su ausencia.

Por lo anterior cabe proponer, con el fin de evitar contradicciones y poner en peligro la persona del menor, sea reformada la fracción II del Artículo 447 la cual debe manifestar :

Art.447 "La patria potestad se suspende :
Frac. I ...
Frac. II Por la presunción de ausencia declarada por Juez competente.
Frac.III ... "

Lo anterior con el fin de procurar que los menores queden protegidos en cierta forma, cuando por alguna causa la persona que ejerce la patria potestad sobre él, se ausente y no deje resuelta la situación del menor, por lo que será necesario que otras personas o dependencia lo asistan y representen.

a.3. POR SENTENCIA CONDENATORIA QUE IMPONGA COMO PE
NA ESTA SUSPENSION.

Guillermo Colín Sánchez define a la sentencia condenatoria como : "La resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declarará culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad."⁽⁶⁾

De acuerdo con esta definición debemos decir que para ser suspendida una persona del ejercicio de la patria potestad es necesario que haya cometido un delito que si

(6) Colín, Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". 8a. Edición. Editorial Porrúa. México 1984. p.467.

bien no es grave, es decir, cuando no implique un peligro grande para la familia o sea ya un hábito marcado en el delincuente, si es necesario que el Juez Penal castigue al delincuente con la suspensión del ejercicio de la patria potestad además de imponerle la sanción pecuniaria o corporal que el delito amerite.

Creemos necesario que la ley Penal sancione al delincuente con la suspensión de la patria potestad para que éste tome conciencia de la gravedad de sus actos y de la forma en que perjudica a los menores que están bajo su cargo; es decir, de la influencia nociva que sus actos pueden traer para el menor, lo cual puede traerle problemas de conducta que pueden afectar su desarrollo psíquico, trayendo como consecuencia la desadaptación del menor a su medio social, situaciones que se pretenden evitar con la reglamentación de la patria potestad.

Así pues la suspensión en materia penal se deja en función de la gravedad del delito, al hecho de que afecte o no directamente a la familia, si se cometió o no en la persona del menor o en la medida en que afecte psíquicamente al menor.

En materia civil encontramos que la suspensión se puede decretar de conformidad con el Artículo 283 de nuestro Código Civil, señalando que quedará al arbitrio del Juez determinar en que casos deberá proceder la sus

pensión, pérdida o limitación de la patria potestad, - -
atendiendo a las causales de divorcio impugnadas por al-
guno de los cónyuges y que esa situación afecte gravemen-
te al menor, además de que pueda constituir un delito pe-
nal, situación que estudiaremos más adelante.

A continuación pasaremos a estudiar los casos en --
que se pierde la patria potestad.

b) **PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.** Antes de estudiar
las causas que traen como consecuencia la pérdida de la
patria potestad, definiremos la palabra pérdida como : -
"la privación, carencia de lo que se poseía. Menoscabo o
daño que recibe una cosa. Cantidad o cosa perdida." (7)

Después de haber aclarado el concepto general de --
pérdida, pasaremos a estudiar la definición de la pérdi-
da de la patria potestad, la cual consiste en "La desapa-
rición del vínculo que unía en esta forma a los hijos me-
nores con sus progenitores, en ciertos casos de faltas -
imputables a estos últimos." (8)

Como podemos observar la pérdida de la patria potes-
tad de quien la ejerce siempre se dará en razón de la -
conducta inadecuada de estos sujetos, conducta que afec-

(7) Palomar, De Miguel, Juan. ob.cit. p.1007.

(8) Idem. p.1007.

taría el desarrollo psíquico del menor, por lo que se considera necesario separarlo de toda relación y contacto existente entre él y el sujeto que ejerce el cargo.

A continuación pasaremos a estudiar las causas por las cuales un sujeto puede perder la patria potestad, según lo señala el Artículo 444 del Código Civil; estas causas son :

b.1. CUANDO EL QUE LA EJERZA ES CONDENADO EXPRESAMENTE A LA PERDIDA DE ESE DERECHO O CUANDO ES CONDENADO DOS O MAS VECES POR DELITOS GRAVES.

Al respecto cabe mencionar que la ley considera indigno de ejercer la patria potestad a todo individuo que cometa delitos que de algún modo afecten la familia y más aún cuando esos delitos lo cometa en la persona de los menores.

En lo referente a la primera parte de la fracción I del Artículo 444, cabe señalar que el Código Penal vigente en su Artículo 295 otorga al Juez Penal la facultad de suspender o privar del ejercicio de la patria potestad a aquellas personas que abusando del derecho que el mismo cargo les confiere, les infieran lesiones que ponen en peligro la vida, a los menores que se encuentran bajo su guarda, esta medida será independiente de la pena que por el delito de lesiones se le imponga al sujeto.

De acuerdo con el Artículo 203 del Código Penal la persona que ejerce la patria potestad puede ser privada de ella cuando cometa el delito de corrupción en la persona del menor que está bajo su guarda, o permita que un tercero lo corrompa o bien cuando le permita u obligue al menor a trabajar en una cantina, taberna o centro de vicio, delitos comprendidos en los Artículos 201 y 202 de la misma ley. Estos delitos pueden relacionarse con la causal de divorcio contenida en la fracción V del Artículo 267 y con la contenida en el Artículo 270 del Código Civil.

El Código Penal también señala como condena la pérdida de la patria potestad para el caso de que la persona que ejerce el cargo cometa el delito de violación en la persona del menor, esto con apoyo en el Artículo 266 bis.

Como podemos observar son cuatro los delitos por los cuales el Juez puede privar al ascendiente del ejercicio de la patria potestad, señalando además el Código Penal que para el caso comprendido en el Artículo 295, la patria potestad se perderá únicamente respecto del menor ofendido; para los casos comprendidos en los Artículos 201 y 202 de la misma ley, la patria potestad se pierde respecto de todos los descendientes; para el delito de violación la Ley nos señala si la patria potestad se -

pierde respecto del ofendido o si se pierde respecto de todos los descendientes.

Respecto de lo anterior hemos de decir que no estamos de acuerdo con lo establecido por el Artículo 295 del Código Penal, el cual señala únicamente la pérdida de la patria potestad respecto del menor agredido, toda vez que consideramos que una persona que abusando de las facultades que la Ley le otorga agrede un menor, lo más probable es que haga lo mismo con los demás descendientes que por alguna causa se encuentran bajo su cargo, con esto - queremos decir que el Código Penal debería sancionar a la persona que en ejercicio de la patria potestad lesiona a un menor, con la privación de este derecho sobre todos los descendientes que tuviese o que llegase a tener, tratando con ésto de proteger a los menores de posibles agresiones que pongan en peligro su salud física y mental.

En lo referente a las sanciones establecidas por los casos comprendidos en los Artículos 203 y 204 del Código Penal, estamos de acuerdo en que la patria potestad se pierda respecto a todos los descendientes, incluyendo a los que pudieren tener después de cometer el delito, aunque sean de segundas nupcias.

En cuanto a la omisión existente en lo referente al caso comprendido en el Artículo 266 bis de la misma Ley, consideramos necesario que los legisladores la subsanen,

debiendo privar al agresor del ejercicio de la patria potestad de todos sus descendientes incluyendo a los que pudieran tener después de cometer el delito.

A nuestro juicio es necesario que todos estos delitos sean sancionados con la pérdida de la patria potestad respecto de todos los descendientes que pudieran tener el delincuente, pues creemos que las personas que se atreven a realizar este tipo de delito en la persona del menor que está bajo su guarda, difícilmente reprimirán sus impulsos para no cometer el mismo delito en contra de los demás menores que estén o que pudieran estar bajo el ejercicio de su patria potestad, toda vez que se consideran a estas personas como enfermas de sus facultades mentales, pues no se puede concebir que una persona sana de sus facultades mentales pudiera cometer este tipo de agresiones en contra de un menor al que se supone debe amar y proteger por sobre todas las cosas.

En cuanto a la segunda parte de la fracción I del Artículo 444 del Código Civil que señala la pérdida de la patria potestad para el sujeto que sea condenado dos o más veces por delitos graves, la Ley no señala específicamente cuales son esos delitos graves o qué debemos entender por delitos graves.

Al respecto Manuel Herrera Lasso señala que deben considerarse delitos graves a "aquellos delitos respecto

de los cuales niega la Constitución la garantía caucio--
nal." (9)

De acuerdo con el Artículo 20, fracción I, de nues--
tra Constitución interpretado a contrario "sensu", debe--
mos entender por delito grave a aquel que merezca ser --
castigado con pena cuyo término medio aritmético sea ma--
yor de cinco años de prisión.

Con base en lo establecido por nuestra Constitución
hemos de considerar como delitos graves los siguientes :
la traición a la patria; el espionaje; la rebelión; el --
terrorismo; el sabotaje; la piratería; el genocidio
(atentados en contra de grupos étnicos, raciales o reli--
giosos); evasión de presos (cuando se trate de dos o más
presos); uso de explosivos o materias incendiarias en de--
lito contra las vías de comunicación y de corresponden--
cia cuando haya o no personas a bordo; la producción, te--
nencia, tráfico, proselitismos, etc. de estupefacientes;
los actos de corrupción que se realicen reiteradamente -
sobre el mismo menor y que debido a ello éste adquiera -
los hábitos de alcoholismo, drogadicción, se dedique a -
la prostitución, etc.; cuando sea servidor público y con
tal carácter cometa delito de concusión (exija dinero, -

(9) Herrera, Lasso, Manuel. "Derecho Constitucional
Mexicano". 4a. edición. Editorial Porrúa. México 1958. p.521.

valores, servicios o cualquier otra cosa que sepa no ser debida o en mayor cantidad que la Ley señala a título de renta, impuesto o contribución, etc.), exigiendo una can- tidad o valor indebido que exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal; -- cuando siendo servidor público comete el delito de intimi- midación; cuando siendo servidor público comete el deli- to de ejercicio abusivo de funciones, debiendo ascender la cuantía de sus operaciones de quinientas veces el sa- lario mínimo, al momento de cometer el delito; el cohe- cho cuando la cantidad exceda de quinientas veces el sa- lario mínimo; la falsificación de billetes de banco, tí- tulos al portador y documentos de crédito público, la -- falsificación de sellos, marcas, cuños o troqueles, pes- sas y medidas oficiales; los delitos contra la economía pública (acaparamiento, limitación de la producción, sus- pensión de la producción, ventas con immoderado lucro, - etc.); la violación; las lesiones que den origen a una - enfermedad incurable o cuando la persona ofendida quede inutilizada parcial o totalmente; el homicidio; el parri- cidio; el infanticidio; el aborto; quien entregue la cus- todia de un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico; el robo que exceda de quinientas veces el sa- lario mínimo; abuso de confianza cuando el monto exceda de dos mil veces el salario mínimo; el fraude que exceda

de ciento veinte veces el salario mínimo; y el daño en propiedad ajena cuando se cause incendio, inundación o explosión.

Como consecuencia de lo anterior debemos decir, que aunque el delito cometido por la persona que ejerza la patria potestad no sea en contra del menor sujeto a su cargo, o no se le condene expresamente a la pérdida del mismo, bastará que el sujeto sea condenado dos veces por la comisión de delitos graves, motivo suficiente para que el Juez a petición de parte prive al sujeto del ejercicio de la patria potestad, debiendo abarcar esta resolución a todos los descendientes del sujeto.

b.2. EN LOS CASOS DE DIVORCIO.

La fracción II del artículo 444 señala que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283 del propio Código Civil.

Consideremos que el Legislador quiso encuadrar en esta fracción los casos en los cuales la conducta de alguno de los cónyuges o de ambos es totalmente culposa, y de efectos nocivos para el desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral de los hijos que estuvieran bajo su patria potestad, por lo que se considera necesario privar a uno o a ambos padres del ejercicio de su cargo.

De acuerdo con el Artículo 283 del Código Civil, el Juez gozará de las más amplias facultades para decidir - la situación de los hijos, resolviendo todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo para ello obtener los elementos de juicio necesario. Para el caso de resultar culpables ambos cónyuges el Juez observará las normas del presente Código, con el fin de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga el derecho o en su caso designará tutor.

De acuerdo con el artículo anterior el Juez tiene - la facultad de decidir a cual de los cónyuges se le otorgará la custodia y guarda del menor, y si es necesario sancionar al cónyuge que dió motivos para el divorcio o la pérdida de la patria potestad.

Nosotros consideramos que la pérdida de la patria potestad debe darse en casos específicos y no dejarse al arbitrio del Juez, pues puede suceder que el cónyuge inocente no se encuentre en posibilidades de proporcionarle a éste los elementos necesarios para probar la mala influencia del cónyuge culpable sobre sus hijos.

Por lo anterior nosotros consideramos que cuando - las causales de divorcio sean las que a continuación -

señalamos, deberá establecerse siempre como sanción la pérdida de la patria potestad toda vez que los actos que comprenden las mismas son una amenaza para el desarrollo adecuado del menor.

A continuación mencionamos las causales contenidas en el Artículo 267 del Código Civil que a nuestro juicio al ser fundadas y probadas deben traer como consecuencia la pérdida de la patria potestad para el cónyuge que dió lugar a ellas.

Fracción III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer, toda vez que consideramos que cuando el cónyuge es capaz de inducir a su esposa a la prostitución lo más probable es que induzca a sus hijos a la corrupción o depravación, por lo que creemos necesario se le prive de la patria potestad al cónyuge culpable.

Fracción IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; también creemos que el cónyuge que incita al otro a cometer un delito es capaz de incitar al menor a realizar actos delictuosos para obtener beneficios propios.

Fracción V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción, esta causal es obvia ya que todos los actos dirigidos a la corrupción del menor van en contra de los fines protectores que con la reglamentación de la patria potestad se buscan.

Fracción XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, esta causa la consideramos motivo de pérdida de la patria potestad toda vez que los malos tratos hacia el cónyuge son considerados de mal ejemplo para los menores, además de que el cónyuge culpable puede en cualquier momento hacer extensivos esos malos tratos, amenazas o injurias a los menores causándoles con ello graves desequilibrios emocionales que indudablemente afectarán el desarrollo psíquico del menor trayéndole problemas de conducta difíciles de modificar.

Fracción XV. Los hábitos de juego o de embriagues o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un motivo continuo de desavenencia conyugal. En lo referido a esta causal consideramos que la pérdida de la patria potestad se debe dar en función del mal ejemplo que se da al menor el cual necesariamente influye en su con-

ducta y hábitos.

Apoyamos nuestro deseo de que sean consideradas estas causales como específicas para declarar la pérdida de la patria potestad del cónyuge o cónyuges que adecuen su conducta a ellas, en el hecho de que consideramos las causas arriba mencionadas, como conductas nocivas que -- afectan directamente el desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral de los menores, provocando en ellos -- problemas de adaptación a su núcleo social y haciendo -- los entes negativos que albergan resentimientos en contra de todas las personas que lo rodean, conductas y sentimientos que harán de él un ser infeliz e incapaz de enfrentar los problemas que se le presenten, en forma adecuada, buscando salidas falsas, es decir, entregándose -- al alcohol, droga o delincuencia; circunstancias que la Ley busca evitar con la reglamentación de la patria potestad, y motivos por los cuales nosotros consideramos -- que en estos casos específicos el Juez debe declarar la pérdida de la patria potestad.

Con lo anterior no queremos decir que en todas las causales de divorcio se debe especificar la pérdida, su pensión o limitación del ejercicio de la patria potestad como lo establecía anteriormente nuestro Código Civil, -- sino por el contrario creemos que para los demás casos -- el Juez puede sancionar al cónyuge culpable de acuerdo --

a las circunstancias particulares que el caso presente, sin atender a una regla general sino más bien al bienestar del menor, procurando actuar siempre a favor de él y no de los intereses particulares de los cónyuges.

b.3 COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES Y MALOS TRATOS.

Al respecto la fracción III del Artículo 444 del Código Civil señala como causa de la pérdida de la patria potestad las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal.

Debemos entender por costumbres depravadas los hábitos o conductas que atenten contra la moral y la salud de los hijos, ejemplo de ello sería la embriaguez, la mendicidad, la delincuencia, la drogadicción, etc.

Por malos tratos debemos entender las agresiones físicas o verbales que al hijo se le den, es decir, a los golpes causen o no lesiones graves y al hecho de hablarles siempre con improperios o lanzarles injurias, entendiéndose por estas últimas "las expresiones dichas con el ánimo de ofender, desprestigiar o lastimar su honor o su honra." (10)

Causas que hacen imposible e inadecuada la convivencia entre padres e hijos, toda vez que le causan problemas graves al menor, sobre todo en lo que se refiere a su educación moral y a su conducta, además del daño psíquico que se le ocasiona.

Por abandono de deberes entendemos "el acto por el cual se renuncia a ellos"⁽¹¹⁾, es decir, el acto por el cual alguno de los ascendientes deja de proveer al menor de todo lo necesario para su desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral, ejemplo de ello sería dejar de proporcionarle alimentos los cuales incluyen el vestido, la comida, la educación, la habitación, la asistencia en las enfermedades y la proporción de una profesión u oficio, así como dejar de ejercer el deber de convivencia y de corrección.

En general podemos decir que el abandono de deberes por parte de quien ejerce la patria potestad consiste en el hecho de no tomar parte o desentenderse de aportar lo necesario para cubrir las necesidades del menor.

Tomando en cuenta los fines que se pretenden alcanzar con la reglamentación de la patria potestad, es obvio que quienes adecúan su conducta a la señalada por la - -

(10) Código Civil. Comentado. ob.cit. p.187.

(11) Palomar, De Miguel, Juan. ob.cit.p.11.

fracción antes mencionada no cumplen con esos fines de asistencia, educación y protección del menor, sino por el contrario provocan la desadaptación del menor, llenándolo de complejos y traumas haciendo de él un ser nocivo para la sociedad, aún cuando esas conductas no sean tan graves que puedan llegar a encuadrar en un tipo penal y ser sancionadas por la Ley Penal.

Estamos de acuerdo con la Ley en que se prive del ejercicio de la patria potestad a aquellas personas que no cumplan los deberes y derechos que esta institución les impone, aún cuando sus abusos u omisiones no sean -- tan graves como para ser condenadas por la Ley Penal, ya que por muy leves que éstas sean siempre afectan al menor, cosa que se pretende evitar, pues nuestro deseo es lograr la creación de seres humanos sanos tanto física -- como psíquicamente hablando.

También debemos hacer notar que de los tres casos -- que plantea esta fracción, consideramos a los dos primeros como causas que realmente pueden afectar al menor en su salud, seguridad y moralidad, y por ello debe sancionarse al ascendiente que realice estas acciones en contra del menor con la pérdida de la patria potestad, no -- así la última, pues si bien es cierto que se deja desprotegido al menor no creemos necesario que se sancione tan drásticamente al que ejerce la patria potestad, ya que --

bastaría con la simple suspensión del ejercicio de su -- cargo.

b.4. POR LA EXPOSICION O ABANDONO DE LOS HIJOS.

En relación con este punto la fracción IV del Artículo 444 del Código Civil señala como causa de la pérdida de la patria potestad la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados más de seis meses.

Debemos entender por exposición de hijos, "el abandono generalmente en lugar público, de una criatura que no puede proveer por si a la subsistencia, con intención de que alguien la recoja y cuide, con riesgo en caso contrario, perezca cruelmente a causa de hambre, frio u - otros motivos." (12)

Esta causa de pérdida de la patria potestad la consideramos más que justificada, porque creemos que una -- persona cualquiera que sean los motivos que la llevan a cometer el abandono de un menor, no debe de ejercer ningún derecho sobre él, además de que el abandono implica el desatenderse por completo de ella, y dejar de tener - contacto con la misma, por lo que es ilógico que una per

(12) Palomar, De Miguel, Juan. ob.cit. p.574.

sona ejerza algún derecho sobre otra cuando ni siquiera está a su lado o incluso no sepa donde está, ni mucho menos cuales son sus necesidades.

Además de que la importancia de esta forma de pérdida de la patria potestad la basamos en el sentir de tratar a toda costa de evitar que en algún momento dado el padre o madre culpable del abandono regrese y quiera ejercer sus derechos sobre el menor, hecho que pondría en peligro la seguridad del menor pues es probable que la persona que ya una vez lo abandonó vuelva a hacerlo procurando no ser descubierta.

En cuanto a la segunda parte de esta fracción consideramos que si bien es cierto que el abandonar al hijo más de seis meses implica desatenderse de él y dejar de cubrir sus necesidades, también lo es que no se deje al hijo abandonado en la vía pública, sino más bien al cuidado del otro cónyuge o ascendiente aunque no les proporcione los medios económicos para asistirlo, por lo que a este tipo de abandono no lo consideramos como una causa justificada para que se le prive de la patria potestad, sino más bien lo consideramos causa de suspensión de la misma, toda vez que en caso de regresar el cónyuge culpable podrá retribuirles los gastos que hubieran realizado para asistir al menor. Además de que este tipo de abandono lo podríamos encuadrar en la fracción II del --

Artículo 447 del Código Civil que señala como suspensión del ejercicio de la patria potestad a la ausencia declarada en forma, misma que procedería pedir en estos casos.

Como se puede observar en el desarrollo de este inciso no todas las causas que el Artículo 444 señala las consideramos adecuadas para apoyar en ello la pérdida de la patria potestad, pues algunas a nuestro juicio más -- bien son causa de suspensión de la misma pero no así de la pérdida, toda vez que no son tan graves como para privar de ese derecho al padre, madre o ascendiente que incurra en esa falta.

También es necesario hacer mención que la pérdida - de la patria potestad no implica la pérdida del derecho de visita, es decir, que el padre, madre o ascendiente - que pierda por algún motivo la patria potestad del menor, podrá verlo, pero no podrá convivir con él, esta medida se toma con el fin de evitarle al menor los malos ejem-- plos y los malos tratos, circunstancias que pueden afectarlo gravemente, según lo hemos señalado reiteradamente.

c) EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. Tomando en cuenta que la palabra extinción significa terminar o llegar al fin de algo, podemos definir la extinción de la - patria potestad como el fin de los derechos y obligaciones que se tenían respecto de un menor de edad no emanciu

pado.

Rafael de Pina señala al respecto : "la patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir."⁽¹³⁾

Estamos de acuerdo con esta opinión, pues consideramos que la extinción de la patria potestad se da siempre en forma natural, a excepción del caso en el cual el menor contrae matrimonio con el consentimiento de los padres o de quien ejerza la patria potestad sobre él.

De acuerdo con la ley, las causas por las que la patria potestad se acaba son :

c.1. POR MUERTE DE QUIEN LA EJERCE.

Al respecto la fracción I del Artículo 443 de nuestro Código Civil señala que la patria potestad acaba por la muerte de la persona que la ejerce, cuando no hay otra que de acuerdo con la ley pueda ejercer el cargo.

Consideramos que esta fracción se apoya en lo dispuesto por los Artículos siguientes del Código Civil vigente :

De acuerdo con el Artículo 414 la patria potestad -

(13) Pina, Rafael, De. ob.cit. p.

se ejerce sobre los hijos nacidos de matrimonio, por el padre y la madre, por el abuelo y abuela paternos, por el abuelo y abuela maternos, queriendo decir con ésto -- que si uno de los cónyuges faltare el otro seguirá ejerciendo el cargo, a falta de ambos serán los abuelos paternos, ambos o el que sobreviviere y a falta de éstos, ejercerán el cargo los abuelos maternos, siguiéndose la misma regla que para los anteriores; para el caso de faltar todas las personas señaladas por este artículo, la patria potestad se extinguirá.

De conformidad con los Artículos 415 y 417 cuando los hijos nacidos fuera del matrimonio son reconocidos por los padres ambos deberán ejercer el cargo, si faltare alguno, el que sobreviviere lo ejercerá, si ambos faltaren entrarán al ejercicio del cargo los abuelos paternos o maternos, ambos o el que sobreviviere, la diferencia entre estos Artículos y el 414 la encontramos en el hecho de que el orden en que entrarán a ejercer el cargo los abuelos no será el establecido en el Artículo 414, sino que el Juez tendrá la facultad de designar cual de ellos es más apto para ejercer el cargo, esto último de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 418, en caso de faltar las personas aquí señaladas, la patria potestad se extinguirá.

Respecto de los hijos adoptivos el Artículo 419 se-

ñala que la patria potestad sólo será ejercida por las -
personas o persona que lo adopten, siendo que si éstas -
faltaren la patria potestad se tendrá por extinguida.

Como podemos observar nuestro Código Civil señala -
específicamente quienes son las personas que pueden y de
ben ejercer la patria potestad y como consecuencia de --
ello, si éstos faltaren nadie más podrá ejercer el cargo
sobre el menor, por lo que el Juez competente deberá a -
instancia de parte interesada o del Ministerio Público -
designarle tutor al menor para que éste vele por el bie-
nestar del menor.

El único caso de excepción que puede darse para que
un menor vuelva a estar bajo la patria potestad de una -
persona o personas, es el de la adopción, única forma de
volver a someter a un menor a esta institución.

c.2. POR LA EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO.

En lo referente a este punto Sara Montero nos dice:
"la emancipación por matrimonio significa que el menor -
de edad que se case sale de la patria potestad." (14)

De acuerdo con lo anterior hemos de decir que para
poder el menor de edad contraer matrimonio, de acuerdo -

(14) Montero, Duhalt, Sara. ob.cit. p.354.

con el Artículo 149 del Código Civil, es necesario el -- consentimiento de las personas que ejercen sobre él la - potestad, trayendo implícito este consentimiento el he-- cho de considerar los padres o ascendientes que el menor reúne ciertas características de madurez y responsabili-- dad, aunados al conocimiento y desempeño de algún oficio y estudios elementales que lo hacen capaz de contraer -- una obligación tan importante y delicada como lo es la - formación de una familia.

Si por alguna causa el matrimonio del menor se ex-- tinguiere siendo éste todavía menor de edad, de acuerdo con el Artículo 641 del Código Civil no recaerá éste en la patria potestad.

Con la anterior disposición estamos totalmente de - acuerdo, toda vez que si ya se consideró al menor capaz de contraer una obligación tan delicada como lo es el ma-- trimonio, el cual implica la responsabilidad de proteger y asistir a otra persona, así como el cuidar de sí y de su patrimonio, resultaría ilógico que al desaparecer esa situación el menor regresara al cuidado de sus padres o ascendientes.

c.3. POR LA MAYORIA DE EDAD DEL HIJO.

De conformidad con lo establecido por Artículo 646 del Código Civil la mayoría de edad se adquiere a los --

dieciocho años.

Al respecto Ignacio Galindo Garfias considera: "que al llegar a esa edad, la persona a adquirido la madurez intelectual y el discernimiento necesario para determinarse por sí misma en la vida jurídica." (15)

Estamos de acuerdo en lo señalado por este autor, - toda vez que resultaría ilógico que una persona capaz de asistirse y protegerse a sí misma y a su patrimonio, si quiera sujeta a la asistencia, representación y protección de otra.

No obstante lo anterior hemos de decir que la excepción a lo establecido por el Artículo 646, la encontramos en la fracción II del Artículo 450 del Código Civil que señala como incapaces a los mayores de edad privados de inteligencia, debiendo esta incapacidad ser declarada por el Juez.

De acuerdo con lo anterior hemos de decir que este mayor de edad incapacitado, no obstante su estado de indefensión, no podrá seguir bajo la patria potestad de algún ascendiente, es decir, que el seguir el juicio de interdicción de un mayor de edad trae como consecuencia la designación de un tutor, con ésto no queremos decir que

(15) Código Civil. Comentado. ob.cit. p.404.

los propios ascendientes del incapacitado no puedan ejercer el cargo de tutor, sino por el contrario consideramos que ellos son por regla general los más indicados para ejercer el cargo de tutor del incapaz.

CAPITULO IV. RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD.

a) En caso de suspensión.

b) En caso de pérdida.

La finalidad que pretendemos alcanzar con el desarrollo de este capítulo, es la de insistir sobre la omisión en que nuestro Código Civil incurre respecto de la forma de recuperar la patria potestad, pues si bien habla de las causas de suspensión y pérdida, lógico sería que señalara las formas de recuperación, lo cual no sucede, pues como ya se ha mencionado nuestra legislación no señala nada al respecto; por lo consiguiente, con sideramos que esta situación en la práctica no se da o difícilmente se presenta, ya que la persona privada o suspendida del ejercicio de la patria potestad jamás se preocupa por recuperarla pues le es más cómodo cumplir únicamente con la obligación alimenticia, que con la de asistencia, educación y protección del menor.

No obstante lo anterior estudiaremos aunque en forma generalizada, debido a que son pocos los autores que tocan este punto y además lo hacen en forma breve y sin concretizar, la manera de recuperar la patria potestad. Siendo precisamente esta circunstancia la que nos hace pensar en la nula recurrencia o ejercicio de ese derecho por parte de quienes pierden o son suspendidos del ejercicio de su cargo.

Antes de pasar al estudio de nuestro tema es necesario recordar que : por suspensión de la patria potestad entendemos el acto judicial por medio del cual se priva

temporalmente a la persona o personas que la ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por causas imputables a la propia persona o personas; y por pérdida de la patria potestad la "desaparición del vínculo que unía en esta forma a los hijos menores con sus progenitores, en ciertos casos de faltas imputables a estos últimos." (1)

Después de haber hecho este recordatorio es necesario hacer mención de lo que debemos entender por recuperación, así tenemos que es el hecho de "volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía." (2)

De lo anterior se desprende, que si bien es cierto que la pérdida o suspensión de la patria potestad se da en función de faltas imputables a la persona o personas que tenían el ejercicio del cargo, razonable sería que si éstas subsanan sus errores o se rehabilitan demostrando esa circunstancia fehacientemente sin dejar lugar a dudas, recobren lo perdido, debiendo siempre el Juez verificar el hecho y ver si el regreso del menor a la patria potestad de ésta o estas personas lo benefician; es decir, siempre deberá atender el juzgador a la protección y bienestar del menor.

Con lo anterior queremos decir que si el Juez a pe-

(1) Palomar, De Miguel, Juan. ob.cit. p.1007.

(2) Idem. p.1150.

sar de tener todos los elementos tendientes a comprobar satisfactoriamente la rehabilitación o el buen cumplimiento de las obligaciones de la persona o personas suspendidas o privadas del ejercicio de la patria potestad, considera que el hacerlo podría perjudicar al menor, deberá, con apoyo en las causas que originaron esa pérdida o suspensión negar la recuperación del ejercicio del cargo, sin que por ello se le niegue a esa persona o personas velar por el bienestar del menor y vigilar que los ascendientes que de acuerdo con la ley pueden ejercer la patria potestad sobre el menor, cumplan con el buen desempeño de su cargo.

a) **EN CASO DE SUSPENSION.** Como podemos recordar la suspensión de la patria potestad sólo puede ser decretada por un Juez del orden Familiar y como consecuencia de ello, la recuperación de la misma debe solicitarse ante el Juez que la decretó, por vía incidental, es decir, dentro del mismo juicio en que se tramitó la suspensión deberá tramitarse la recuperación, como una consecuencia lógica, pues en la desaparición de las circunstancias en que se fundó la primera se apoya la segunda.

Para poder solicitar la recuperación es necesario que el descendiente sea menor de edad no emancipado, así

como el haber cesado la causa que produjo la suspensión de la patria potestad.

Tomando en cuenta las causas de suspensión de la patria potestad señaladas por el Artículo 447 de nuestro Código Civil las cuales son : por ausencia declarada en forma; por incapacidad declarada judicialmente; por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión, Sara Montero señala : "estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa; y al sancionado se le extingue su condena." (3)

Lo señalado por esta autora es muy razonable pues si desaparece el obstáculo que impedía al ascendiente ejercer su cargo, lógico es que se le permita recobrar ese derecho, más aún si de ello depende el bienestar del menor, circunstancia que debe prevalecer pues la "suspensión sólo debe ser alzada por los jueces y tribunales de menores, cuando haya seguridad plena que el ambiente familiar va a ser propicio para el hijo y que va a recibir una adecuada formación." (4)

De lo anterior podemos desprender que si a pesar de

(3) Montero, Duhal, Sara. ob.cit. p.353.

(4) Rivero, Hernández, Francisco y otros autores. - "El Derecho de visita. Teoría y Praxis." Editorial Ediciones Universitarias de Navarra, S.A. Pamplona, España 1982. p.404.

haber desaparecido la circunstancia originadora de la suspensión el ambiente familiar que con la incorporación del suspendido se forme en el hogar, es nocivo para el menor, el Juez por ningún motivo deberá decretar la recuperación de la patria potestad.

Después de lo expuesto y con el fin de que nuestro Código Civil subsane la omisión a que se ha hecho mención, nos atrevemos a sugerir la adición de un párrafo al Artículo 447, el cual podría señalar :

Art.447.- "La patria potestad se suspende:
Fracc. I.- ...
Fracc. II.- ...
Fracc. III.- ...
Pudiendo el ascendiente o ascendientes suspendidos solicitar la recuperación del ejercicio de la patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que le dió origen a la suspensión."

La anterior propuesta se hace tomando en consideración que no todos los padres o ascendientes ven en la suspensión de la patria potestad la forma de desatenderse de sus obligaciones, sino por el contrario se hace pensando en aquellos ascendientes que en verdad aman a los menores y desean protegerlos, educarlos y asistirlos, y que al ser suspendidos de su cargo toman conciencia de la importancia que este tiene en el desarrollo físico, psíquico e intelectual del menor.

b) **EN CASO DE PERDIDA.** Al igual que la suspensión la pérdida de la patria potestad sólo puede ser decretada por autoridad judicial, por lo que la solicitud para recuperarla también se debe hacer ante el Juez que decretó dicha pérdida.

Siendo las causas que dan origen a la pérdida de la patria potestad más delicadas que las que dan lugar a la suspensión, el Juez debe de tener más cuidado y ser más minucioso en el estudio de las causas originadoras de la pérdida así como de poner especial atención en las pruebas tendientes a comprobar fehacientemente la rehabilitación de la persona o personas, para poder decretar la recuperación o la negación de la patria potestad.

Recordando que de acuerdo con el Artículo 444 de - nuestro Código Civil las causas por las cuales se puede perder la patria potestad son : Cuando el que la ejerza es condenado a la pérdida de ese derecho, o cuando sea - condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio; cuando por las costumbres depravadas, - malos tratos o abandono de sus deberes, se comprometa la salud, seguridad o moralidad de los hijos, aunque esos - hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal; por - la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los deje abandonados por más de seis meses.

Al respecto Planiol y Ripert señalan : "Cuando la -

pérdida que los afectó resultaba de una condena penal, - sólo se les concede la acción de restitución en tanto -- cuanto hayan obtenido su rehabilitación, beneficio que - borra los efectos de la condena y el recuerdo mismo de - la infracción."

"Cuando la pérdida ha sido decretada por tribunal - civil, sin que los padres hayan incurrido en una condena penal, la acción sólo puede ejercitarse tres años des-- pués de haber cuasado ejecutoria la sentencia que decre-- tó su pérdida. (L.1889, art.15.)"(5)

Nosotros consideramos que la rehabilitación de una persona es muy difícil de probar por ello subrayamos la necesidad de que el juzgador ponga especial atención en esa circunstancia, pues una equivocación o mala apreciación de él podría perjudicar gravemente el desarrollo -- psíquico, intelectual y moral del menor.

La rehabilitación de la persona o personas no sólo gira al rededor de las acciones tipificadas en el - Código Penal sino también las que no lo están, pero que por influencia nociva para el menor implica cierta modi-- ficación de la conducta de los ascendientes, para poder recuperar la patria potestad sobre sus descendientes.

(5) Planiol, Marcel, y Ripert, Georges. "Tratado - Elemental de Derecho Civil". Tomo II. 1a. Edición, traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Editorial Cárdenas Editores y Distribuidor. Puebla, Pueb. 1983.

Con lo anterior queremos decir que no solamente las conductas tífificadas son nocivas para el desarrollo del menor, sino que también lo son aquellas que sin estar tífificadas significan una mala influencia para el infante.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad por causa de divorcio Castán Vázquez señala : "a la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. (Art. 73 del Código Civil español)."⁽⁶⁾

Nosotros consideramos que como no todas las causas originadoras de los divorcios están dirigidas a la malformación de los hijos, es justo que en aquellas que nada tienen que ver con el desarrollo adecuado del menor se le permita al cónyuge privado de la patria potestad recuperarla y más aún cuando muere el cónyuge inocente y el culpable demuestre plenamente su rehabilitación y buena disposición para amar, proteger y educar y asistir al menor.

En estos casos de recuperación de la patria potestad por pérdida también debe el Juez, como en el caso de la suspensión atender al bienestar del menor, por lo que

(6) Castán, Vázquez, José Ma. ob.cit. p.341.

debe considerar que a pesar de estar rehabilitado el ascendiente la convivencia con él pueda perjudicar al menor no deberá acordar a favor de aquel la recuperación de su cargo.

Asimismo, y por la misma causa expuesta en el inciso anterior, hemos de proponer la adición de un párrafo al Artículo 444 del Código Civil para reglamentar la recuperación de la patria potestad en los casos de pérdida :

Art.444.- "La patria potestad se pierde :
Frac. I.- ...
Frac. II.- ...
Frac. III.- ...
Frac. IV.- ...
Pudiendo el ascendiente privado de la patria potestad solicitar su recuperación cuando hubiere demostrado plenamente su rehabilitación, y la convivencia con él no perjudique al menor en su desarrollo psíquico, intelectual y moral."

La anterior propuesta se hace pensando en aquellos ascendientes que al verse privados de sus derechos sobre el descendiente, toman conciencia de lo importante que es su función para el buen desarrollo de los menores.

Como hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, la finalidad que se persigue con la reglamentación de la patria potestad es la de que los padres o ascendientes desempeñen correctamente el ejercicio de

su cargo, el cual se puede cumplir mejor cuando se convive con el menor, pues sólo así se le podrá dar a éste la asistencia, protección y educación tanto intelectual como moral, necesaria para hacer del menor una persona segura de sí misma, libre de complejos y traumas que le lleven a lograr su pleno desarrollo y adaptación dentro del núcleo social donde se va a desenvolver.

Por lo anterior consideramos de suma importancia - que la ley le otorgue a los ascendientes privados o suspendidos, la facultad expresa de recuperar el ejercicio de la patria potestad, cuando : tratándose de pérdida de muestren fehacientemente rehabilitación; o cuando haya cesado la causa que dió origen a la suspensión.

El deseo arriba señalado lo basamos en la importancia que la figura paterna y materna tiene en el desarrollo psíquico del menor, por lo que al suspender o privar del ejercicio de la patria potestad a alguno de los ascendientes o a ambos más que una sanción para ellos , lo es para el menor, pues en realidad es él quien queda privado de la protección, del apoyo y del cariño de aquellos, lo cual trae como consecuencia que el menor se vuelva - una persona agresiva, llena de complejos y traumas e incapaz de adaptarse a su medio social.

Es por todas estas circunstancias por las que nosotros consideramos que la pérdida de la patria potestad -

se debe dar en los casos de divorcio necesario, cuando -
éste se funde en actos que afecten directamente al menor
o les den un mal ejemplo, pues consideramos que en estos
casos es más saludable alejar al hijo de los ascendien--
tes para evitar la nociva influencia que puedan tener -
sobre él.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En la actualidad la patria potestad es considerada como la institución básica para el desarrollo del menor, teniendo como finalidad la asistencia, educación y protección en cuanto a su persona y patrimonio.

SEGUNDA. La patria potestad es ejercida en forma conjunta por el padre y por la madre o por los ascendientes que por orden de exclusión pueden ejercer el cargo, otorgándoles la ley para el mejor desempeño de éste, facultades y derechos.

TERCERA. Consideramos necesario que la ley establezca - la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio necesario, cuando éste se funde en las causales comprendidas en las Fracciones - III, IV, V, XI o XV del Artículo 267 del Código Civil.

CUARTA. El texto original del Artículo 443 del Código Civil señala :

" La patria potestad se suspende :

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.- Por ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

Nosotros consideramos que a este Artículo se -
le debe agregar el siguiente párrafo :

"Pudiendo el ascendiente o ascendientes suspendidos, solicitar la recuperación del ejercicio de la patria potestad, - cuando hubiere cesado la causa que dió origen a la suspensión."

QUINTA. El Artículo 444 del Código Civil señala :

"La patria potestad se pierde :

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción penal;
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses."

Consideramos que a este artículo se le debe -
agregar el siguiente párrafo ;

"Pudiendo el ascendiente privado de la patria potestad, solicitar su recuperación, cuando hubiere demostrado plenamente su rehabilitación, y la convivencia con él no perjudique al menor en su desarrollo psíquico, intelectual y moral."

- SEXTA. La importancia de la relación paterno-filial, radica en el hecho de ser dentro de la familia en donde los hijos menores de edad, adquieren la educación y principios morales básicos para ser personas productivas y responsables, siendo ésto resultado del debido ejercicio de la patria potestad que deben observar los ascendientes.
- SEPTIMA. La importancia de la recuperación de la patria potestad radica esencialmente, en la oportunidad de que el hijo cuente con la sólida guía y estructura familiar que le permita incorporarse a la sociedad como un sujeto productivo; y que también con la nueva familia que le toque constituir en su oportunidad, quede en aptitud de cumplir con los deberes de asistencia, educación, protección y dirección que la ley impone a quienes ejercen la patria potestad.

B I B L I O G R A F I A

CASTAN VAZQUEZ, JOSE MA.

La Patria Potestad.
Ed. Revista de Derecho Privado.
Madrid 1960.

COLIN SANCHEZ, GUILLERMO.

Derecho Mexicano de Procedimientos
Penales.
8a. ed. Ed. Porrúa.
México 1958.

COUTO, RICARDO.

Derecho Civil Mexicano. T. III.
Ed. La Vasconia.
México 1919.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL.

La Familia en el Derecho.
Ed. Porrúa.
México 1985.

FLORES GOMEZ, FERNANDO.

Introducción al Estudio del Derecho
y Derecho Civil.
4a. ed. Ed. Porrúa.
México 1984.

B I B L I O G R A F I A

CASTAN VAZQUEZ, JOSE MA.

La Patria Potestad.
Ed. Revista de Derecho Privado.
Madrid 1960.

COLIN SANCHEZ, GUILLERMO.

Derecho Mexicano de Procedimientos
Penales.
8a. ed. Ed. Porrúa.
México 1958.

COUTO, RICARDO.

Derecho Civil Mexicano. T. III.
Ed. La Vasconia.
México 1919.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL.

La Familia en el Derecho.
Ed. Porrúa.
México 1985.

FLORES GOMEZ, FERNANDO.

Introducción al Estudio del Derecho
y Derecho Civil.
4a. ed. Ed. Porrúa.
México 1984.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.

Derecho Civil.
4a. ed. Ed. Porrúa.
México 1980.

HERRERA LASSO, MANUEL.

Derecho Constitucional Mexicano.
4a. ed. Ed. Porrúa.
México 1985.

IBAROLA, ANTONIO DE.

Derecho de Familia.
3a. ed. Ed. Porrúa.
México 1984.

MONTERO DUHALT, SARA.

Derecho de Familia.
2a. ed. Ed. Porrúa.
México 1985.

MUÑOZ, LUIS.

Derecho Civil Mexicano.
Ed. Modelo.
México 1971.

PALLARES, EDUARDO.

El Divorcio en México.
3a. ed. Ed. Porrúa.
México 1981.

PINA, RAFAEL DE.

Derecho Civil Mexicano. T. I.
10a. ed. Ed. Porrúa.
México 1980.

PLANIOL, MARCEL.

Tratado Elemental de Derecho Civil. T.II.
12a. ed. francesa, traducida por el Lic.
José M. Cajica Jr. Ed. Cultura.
Puebla, Pue.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

Compendio de Derecho Civil. T.I.
18a. ed. Ed. Porrúa.
México 1982.

ROTONDI, MARIO.

Instituciones de Derecho Privado.
Traducido por Francisco F. Villavicencia.
Ed. Labor, S.A.
México 1953.

SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO
INTEGRAL DE LA FAMILIA.

Revista del Menor y la Familia.
Año Internacional del Niño.
Ed. Litográfica Oro, S.A.
México 1979.

TRABUCCHI, ALBERTO.

Instituciones de Derecho Civil.
Traducido por Luis Martínez Calcerrada.
Ed. Revista de Derecho Privado.
Madrid 1967.

Diccionario Enciclopedico Quillet.
T. V y XI.
Ed. Cumbre, S.A.
México 1985.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN.

Diccionario para Juristas.
Ed. Mayo.
México 1981.

PINA, RAFAEL DE.

Diccionario de Derecho.
12a. ed. Ed. Porrúa.
México 19

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
U.N.A.M.

Código Civil para el Distrito Federal en
materia común y para toda la República en
materia Federal. Comentado.
Libro Primero, de las Personas. T.I.
Ed. Miguel Angel Porrúa.
México 1987.

Código Penal para el Distrito Federal.
40a. ed. Ed. Porrúa.
México 1984.

Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos.
Ed. Pac, S.A. de C.V.
México 1984.