

338
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

"LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR HOMICIDIO INTENCIONAL ENTRE CONYUGES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

VICTOR MANUEL RUIZ RAMIREZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, 1991



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

"LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR HOMICIDIO INTENCIONAL ENTRE CONYUGES"

PROLOGO	1
CAPITULO I. EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD	
A. En el Derecho Romano	5
B. En el Derecho Aleman	20
C. En el Derecho Mexicano	25
CAPITULO II. ANALISIS JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD	
A. Concepto de la Patria Potestad	32
B. Caracteristicas de la Patria Potestad	39
C. Efectos de la Patria Potestad	50
1).- Respecto de las personas	
2).- Respecto de los bienes	
D. Consecuencias juridicas de la Patria Potestad	63
1).- Causas de suspension	

2).- Causas de extincion

3).- Causas de perdida

CAPITULO III. EL DELITO DE HOMICIDIO INTENCIONAL
ENTRE CONYUGES. COMO CAUSAL-DE LA
PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

A. Definicion. Caracteristicas v Elementos	
del Homicidio -----	74
B. El Homicidio considerado como delito grave -----	80
C. Consecuencias sociales v conflictos	
familiares ante esta situacion -----	85
D. Eficacia del Derecho Familiar -----	98
CONCLUSIONES -----	91
BIBLIOGRAFIA -----	93

P R O L O G O

El presente trabajo tiene como finalidad la de contemplar el caso de los menores sujetos a la Patria Potestad, que por razón de un homicidio cometido entre cónyuges, resultan afectados en su situación emocional, ya que el hecho de encontrarse situados dentro de esta hipótesis, puede traer como consecuencia un resultado irreparable para él si no se le trata de proteger en sus derechos, considerando que por motivo de la edad, no tiene la capacidad suficiente para entender su realidad y poder externar así su opinión. Considero que el legislador se olvidó de contemplar este caso, ya que en la normatividad aplicable, no existe mención alguna al respecto, en virtud de que hace referencia a dos delitos graves o más para que pueda decretarse la pérdida del derecho. Además que el propósito de la legislación, deberá de ser a fin de que el menor no tenga que seguir sujeto a la Patria Potestad con un individuo que privó de la vida a su cónyuge y que por consiguiente es considerado como de alta peligrosidad.

Este es el propósito fundamental de esta investigación, ya que el suscrito considera que nuestra legislación no esta cumpliendo con el fin primordial de esta institución.

CAPITULO I. EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD

A. En el Derecho Romano

El Derecho Romano, ha sido la base fundamental para el desarrollo del derecho a lo largo del tiempo, ya que fue una de las primeras formas jurídicas que se crearon para las relaciones interpersonales entre los individuos que formaban parte de una comunidad, razón por demás importante para que en todo tipo de estudio y análisis de las instituciones que conforman el derecho moderno, tengan como principio de ello el estudio de este derecho, a fin de tener un panorama más amplio de la evolución del mismo hasta nuestros días.

Podemos decir que la familia romana tuvo una muy especial organización en su forma de vida familiar y que era la de una agrupación monogámica patriarcal, situación por demás especial, ya que el padre era la piedra angular de la familia, puesto que este tenía facultades muy extensas y poderosas, a las cuales podemos decir, que era casi imposible desprenderse de ellas a los que estaban sometidos, ya que no tenía ningún límite, además de que este tipo de poder también podía ejercerse desde un tipo de vista

religioso y económico, ya que el pater-familias estaba investido de un conjunto de poderes y de derechos en el ejercicio de esa autoridad y a la cual se le denominaba como Patria Potestad.

La Patria Potestad en el Derecho Romano era ejercicio exclusivo del pater, ya que se excluía del mismo a la mujer que integraba esa familia, además que en sus principios era una facultad absoluta, teniendo como principal característica, la de durar toda la vida del que la detentaba, ya que como sujeto sui-juris, tenía varios poderes, tales como la manu, el cual ejercía sobre la mujer y el que ejercía sobre los hijos, llamado "PATRIA POTESTAD".

Cabe aclarar que el poder que ejercía el pater era tan extenso, que no solo se limitaba a ejercerlo sobre la esposa e hijos, sino también podía hacerlo sobre los esclavos, que eran considerados como parte de la familia, además que su poder era tan absoluto que podía determinar hasta la disposición de la vida de los sujetos a su autoridad, ya que cualquiera que fuere su estado, edad y condición deberían de venerarle respeto al pater.

La patria potestad estaba concebida en sus orígenes

como un derecho que en su ejercicio debía proporcionar un beneficio a la familia, mas que un interes del incapacitado, va que el representante de la familia era el sacerdote unico, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raiz de los descendientes: de alli el porque de su autoridad absoluta y sin restricciones. La patria potestad no era otra cosa mas que el reflejo de este poder, que el padre ejercia en todos los ambitos de las relaciones familiares.

A fin de simplificar el entendimiento de como era la Patria Potestad en el derecho romano, mencionare las reglas especificas que determinaban el ejercicio de esta institucion:

- 1.- La patria potestad nunca pertenecia a la madre;
- 2.- Se prolongaba indefinidamente, cualquiera que fuese la edad del hijo;
- 3.- El hijo no podia, en principio, adquirir por su cuenta ningun bien: salvo los peculios, todo pertenecia al padre, correspondiendo a este el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo;

4.- El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo v de testar..." (1)

Este poder tenia como característica la de ser de tipo doméstico, con la finalidad de ser en interés del padre más que del hijo.

Las reglas antes mencionadas fueron de suma importancia en el derecho romano, ya que determinaban la situación real de las personas ante el poderoso pater-familias, razón por la que hablaremos de cada una de ellas, con el propósito de tener una mejor visión del mismo.

1.- La patria potestad nunca pertenecía a la madre en virtud de que ella no gozaba de una capacidad suficiente como para ejercerla, ya que siempre estaba sometida al poder de su pater-familias original (su padre), o al de su marido

(1) PLANIOL. Marcel; Tratado Elemental de Derecho Civil; Tomo 1, 2: Editorial Cajica, S.A.: Página 234

(in manu) al momento de celebrar el matrimonio, considerando a "... la domus romana como una pequeña entidad política, una especie de monarquía doméstica, entonces podemos ver a la manus como una naturalización doméstica de la mujer en la domus del marido." (2)

La naturalización de la mujer de la que hablamos en el párrafo anterior se llevaba a cabo mediante una forma llamada "conventio in manu", mismo que podía llevarse a cabo conjuntamente con la celebración del matrimonio o sin llevarse a cabo este; este "conventio in manum" tenía modos distintos de celebrarse:

a).- Como consecuencia del matrimonio celebrado en honor de Jupiter Farreus, teniendo como característica la de que la pareja debía comer un pastel de trigo.

b).- La del acto solemne en donde intervenía el

(2) FLORIS MARGADANT, Guillermo; El Derecho Privado Romano; octava edición; Editorial Esfinge, S.A.; Página 198

antiguo pater-familias de la novia y el nuevo, algo parecido a la compra de la esposa; y

c).- Por la del hecho de convivir ininterrumpidamente durante el último año con el marido: No operaba por el simple transcurso del tiempo, ya que se necesitaba el consentimiento formal del original pater-familias.

Con esto se aclara el porque la mujer no podía gozar de la facultad de ejercer la potestad, en virtud de que siempre estaba sujeta al dominio del pater-familias, aclarando que aun y cuando una romana sui-iuris dirigía su propia domus (por ser soltera o viuda) no podía tener la potestad sobre los hijos, ya que necesitaba un tutor para tomar decisiones importantes.

2.- Se prolongaba indefinidamente cualquiera que fuese la edad del hijo, ya que el tenedor de la patria potestad, la ejercía hasta su muerte.

Este poder era tan ilimitado, que podía hasta disponer de la vida del hijo si quisiera, claro que siempre

y cuando la decisión haya sido justificada y bajo la vigilancia de las autoridades gentilicias, o del censor, exponiéndose en su caso a sanciones muy severas, ya que el único que podía dictar esa sentencia era el magistrado, previa acusación que le hiciera el padre respecto de la conducta del hijo y que lo orillare a tomar esa decisión.

Así también el que puede lo más puede lo menos, razón por la que el padre podía mancipar al hijo, esto es, lo podía vender, encontrándose en una situación análoga a la del esclavo, aunque temporalmente y sin dañar sus características de agnado.

Como característica o regla general, el padre vendía al hijo cuando existiera una situación de emergencia financiera o estado de miseria, haciéndolo en un precio efectivo, como una verdadera venta. Podía a veces manciparlo a un acreedor en garantía, razón por la que me atrevo a decir que "... el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar..." (3)

(3) PETIT, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano; Editorial Albatros; Página 102

Existió con posterioridad una regla favorable para el hijo, misma que quedó plasmada en la ley de las XII Tablas, en donde se decidió que el hijo mancipado por tres veces, sería causa suficiente para liberarlo de la autoridad paterna.

Por último como una de las facultades del que ejercía la patria potestad, era la de poder abandonar a sus hijos; contemplándose que el que lo recogiera tendría la autoridad sobre aquel, ya fuera como esclavo o como hijo.

3.- El hijo no podía en principio, adquirir por su cuenta ningún bien; salvo los peculios, todo pertenecía al padre, correspondiéndole a éste el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo. Esto se derivaba para con igual que la esposa, el hijo no gozaba de una personalidad individual ya que estaba sujeto a la autoridad del padre y como lo hemos venido manifestando, este era la autoridad máxima, y como tal, gozaba de todos los bienes propiedad del hijo por vía del usufructo, ya que dicho patrimonio del hijo entraba a formar parte del patrimonio del padre, a lo que el padre no garantizaba su manejo, recibiendo así una situación privilegiada respecto del usufructuario común y corriente.

El usufructo que ejercía el pater sobre los bienes

del hijo duraban toda la vida de aquel, ya que los hijos no podían ejercer la propiedad absoluta sobre sus bienes, entendiéndose como una copropiedad con el padre, misma que se disolvía y lograba la propiedad absoluta al momento de morir el pater-familias. Con el tiempo se le fue dando la oportunidad al hijo de tener exclusividad sobre de algunos bienes, tales como los ganados por su actividad militar, por alguna función pública o eclesiástica, etc.

4.- El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo y de testar.

Como ya se ha venido manifestando el hijo no tenía individualidad sobre su persona y sus bienes, ya que todo repercutía por conducto del pater-familias, en virtud de lo cual tampoco tenía la capacidad de celebrar contrato alguno, salvo que el padre lo hubiere autorizado para ello, ya que este tenía responsabilidad de los actos derivados de los mismos. Asimismo tampoco podía testar, ya que como no tenía manejo propio sobre sus bienes, no podía disponer a futuro, sino hasta después de haber fallecido el pater.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

El Derecho Romano señala como fuentes principales de la patria potestad el matrimonio o *justae nuptiae*, la adopción y la legitimación, para lo cual entraremos en estudio de cada una de ellas.

MATRIMONIO O JUSTAE NUPTIAE

Esta fuente de la patria potestad era la más común entre los romanos, ya que era la de los hijos nacidos de matrimonio, pero con una característica muy especial, que hayan "... nacido después de 182 días contados desde la *justae nuptiae* o dentro de los 300 días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre..." (4)

El término establecido anteriormente solo podía ser revocado su efecto por el marido, ya sea por cualquier causa suficiente para no creer que el hijo nacido fuera suyo; esto estaba sujeto a las pruebas ofrecidas por él, ya que si no

(4) Ob. cit.; FLORIS MARGADANT, Guillermo; Página 202

era así, surtía sus efectos la patria potestad irremediabilmente.

Asimismo cabe mencionar que hubo entre los romanos una indecisión a este respecto, ya que no habían contemplado la situación del hijo nacido antes de los 182 días, puesto que no entraba dentro del término establecido para considerarlo legítimo. razón por la que existió esa laguna, misma que resolvían según fuera el caso específico a tratar.

Los hijos legítimos caían inmediatamente dentro de la patria potestad, misma que daba ciertos derechos, tales como exigir alimentos y el deber de proporcionarlos, y las hijas tenían además el exigir del padre una dote adecuada a su posición social. Esto no quería decir que el padre era el único obligado, ya que como se ha venido mencionando, asimismo el adquiría el derecho de usufructo y administración sobre los bienes de los hijos.

Es de suma importancia aclarar que las iustae nuptiae o matrimonio requerían de ciertos requisitos o condiciones de validez para surtir sus efectos, consistiendo en:

a).- Pubertad de los esposos. Era la de comprobar que los contrayentes estaban en condiciones físicas lo suficientemente desarrolladas para llevar a cabo el fin

primordial del matrimonio, que era el de tener hijos. A través del tiempo se determinó que la edad apropiada para contraer matrimonio era de 12 años para la mujer y de 14 años para el hombre.

b).- El consentimiento. Consistía en el libre consentimiento de los contrayentes para unirse en matrimonio, ya que en esa época el padre ejercía mucha influencia sobre los hijos.

c).- El consentimiento del jefe de familia. Era aquel que debía dar el pater-familias, ya que en base al poder de que estaba investido, le permitía impedir el matrimonio si no manifestaba su consentimiento. Cabe aclarar que los sujetos sui iuris no tenían necesidad del consentimiento de nadie.

d).- Connubium. No era más que la aptitud legal de los individuos, que como ciudadanos romanos les otorgaba el derecho a la libertad de casarse, misma facultad a la que no tenían acceso los esclavos y otros.

Nada más cabe aclarar que el matrimonio no exigía de solemnidades de forma, ni ceremonias religiosas, ya que bastaba con el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, para que surtiera efectos el matrimonio.

Los efectos respecto de los niños, era la de declararlos ilegítimos a los nacidos en justis nuptiis, considerándolos en consecuencia individuos liberi iuris. Estos niños estaban sometidos a la autoridad del padre o del abuelo paterno, siendo el padre pater iuris, esto es por la que formaba parte de la familia civil del padre, a título de agnados, tomando también su nombre y condición social. En cambio entre la madre y el niño, solo existía una relación de parentesco natural, es decir, de cognación.

En el caso de que el matrimonio se hubiere llevado a cabo sin cumplir con los requisitos considerados para ese efecto, el mismo era declarado nulo, y en consecuencia no causaba efecto la patria potestad, naciendo los hijos como sui iuris, no teniendo un padre cierto.

El matrimonio en un principio podía ser disuelto por el jefe de familia, causa que llevo a un abuso respecto de ellos, pero a través del tiempo se perdió esa facultad. Las demás formas de disolverse eran por la muerte de uno de los esposos, por la pérdida del connubium y el divorcio, que aun y cuando no iba acorde con las costumbres de los romanos, al parecer si se podía llevar a cabo por "bona gratia" (consentimiento mutuo) o por repudiación (por solicitud de uno de los esposos).

Cabe aclarar que existía también el concubinato.

misma que no tuvo regulación jurídica, va que eran matrimonio de hecho y de una clase inferior, pero sin existir un sometimiento de los hijos respecto de su padre, va que nacían sui juris, sin llegarse a integrar a su familia civil.

LA ADOPCION

"La adopción es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia..." (5)

De esta fuente de la patria potestad podemos manifestar que la misma era una consecuencia de la forma de vida romana, va que si la única forma de proseguir la familia civil, era por conducto de los varones, al momento de que predominaba la subsistencia femenina, o bien existía esterilidad en la pareja, se corría el riesgo de que desapareciera la familia civil, y en consecuencia a

(5) Ob. cit.: PETIT, Eugene: Página 113

extinguirse, razón por demás importante para que idearan una forma de prosecución familiar, como consecuencia de una necesidad.

Existían dos clases de adopciones:

a).- La adrogación. Que era la adopción de una persona sui iuris, por vía de una información hecha por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios. ya que era de suma importancia para la iglesia y el Estado, el que se prosiguiera la vida de la familia y no se extinguiera por falta de hijos varones.

b).- La adopción. Esta no es de la misma antigüedad que la adrogación, pero en esencia era una forma más de llevarla a cabo, ya que no exigía la intervención del pueblo o de los pontífices, en virtud de que el adoptado era alieni iuris, por lo tanto no había que lograr la desaparición de una familia, ni de un culto, por lo que resultaba más práctica que la anterior.

LA LEGITIMACION

La legitimación no era otra cosa que los medios que

permitían los Emperadores Cristianos para que el padre adquiriera la patria potestad sobre los hijos naturales nacidos bajo el concubinato, cumpliendo con ciertas formas, tales como:

a).- El justo matrimonio: que consistía en contraer matrimonio con la concubina, a fin de que surtiera efectos la patria potestad.

b).- Un rescripto del Emperador: caso en el cual el matrimonio entre los padres no era aconsejable, a lo cual el Emperador autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

c).- La oblación a la curia: a la cual el padre debía hacerse responsable de que el hijo aceptara el cargo de consejero municipal, por lo que además debía separar bienes de cierta cantidad para garantizar la gestión de su hijo en la curia.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Podemos decir que los derechos relacionados con el parentesco, solo pueden modificarse o extinguirse de

conformidad a lo establecido en el derecho. esto es, en las causas que ponen fin a la autoridad paterna, pudiendo determinar como causas específicas de la extinción, las siguientes:

- " a).- Por la muerte del padre (o por su *capitis diminutio* máxima o media);
- b).- Por la muerte del hijo (o por su *capitis diminutio* media o máxima);
- c).- Por la adopción del hijo por otro *pater-familias* o la *adrogatio* del *pater-familias*;
- d).- Por casarse una hija *com manu*;
- e).- Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o en el derecho justiniano, también burocráticas;
- f).- Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*), hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya;
- g).- Por disposición judicial, por castigo del padre (en el caso que una hija fuera prostituta) o automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos de Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general." (6)

(6) Ob. cit.; FLORIS MARGADANT, Guillermo; Pagina 206

Cabe mencionar que con la extincion de la patria potestad, era causa suficiente para que el hijo se convirtiera automáticamente en sui iuris, aún sin haber sido padre o haber contraído matrimonio, excepto en los casos de adopción, adrogación del pater-familias o muerte del hijo.

Respecto de la hija, esta llegaba a convertirse en sui iuris, pero sin convertirse en jefa de su domus, ya que siempre estaba bajo la tutela de algún pariente.

B. En el Derecho Aleman

Podemos decir que el Derecho germano era una de las formas de vida mas que sujetas a un orden escrito y fundamentado, se trataba de una forma de vida en base a la costumbre familiar, ya que en la epoca antigua de esta comunidad no estaba sujeto a disposiciones escritas o comentadas por los integrantes de esa comunidad, sino que disponian todo con base a la costumbre venida desde sus ancestros, y como tales deberian de ser respetadas con suma rectitud.

Por lo que respecta a las relaciones interpersonales dentro de la familia, no existia disposici3n normativa al respecto, ya que tenian el pensamiento de que la familia era la base maxima de una comunidad y como tal deberian sus integrantes de prestar toda la ayuda suficiente para el buen desarrollo de la misma.

En lo que respecta a la Patria Potestad entre padres e hijos, tampoco hubo en su epoca antigua disposici3n alguna, ya que como lo he dicho, ellos tenian un espiritu de ayuda mutua, que a su vez debia respetar el orden jerarquico de los jeres de familia. Ellos consideraban a la Patria Potestad como una serie de facultades de las que podia

disponer el padre sobre el hijo, a fin de enseñarle a formarse como un hombre de bien para su familia y comunidad, además de ser un derecho temporal sobre el descendiente y no permanente, puesto que tenían la costumbre de que los hijos debían embezar a manejar su vida a cierta edad, a fin de que todo lo enseñado por su padre durante su niñez, lo responsabilizara de sus actos cometidos en cierto tiempo. Es de reconocer que al parecer esta forma de conducta les dió buenos resultados.

Trataré de explicar de manera general esta legislación, ya que aún y cuando el derecho germánico no tuvo leyes escritas en sus inicios, tuvo suma importancia en sus desarrollo, ya que una de sus ideas avanzadas y que a los romanos con todo y su legislación completa les fue difícil quitar esa forma de paternidad excesiva sobre los hijos, fué la de considerar a la Patria Potestad como un derecho temporal, además de tener ciertas características muy propias de su relación padre-hijo a partir del nacimiento de estos.

Al igual que otras formas de vida en distintas regiones, los Germanos consideraban a la familia como la piedra angular de la sociedad, ya que su idea de colaboración comunitaria era primordial en su desarrollo, razón por demás importante para que todo padre tuviera la

idea inicial de educar a sus hijos con un fin de hacer hombres fuertes y de provecho, a fin de que su raza adquiriera mayores beneficios, en base a la ayuda grupal.

Una característica muy importante en la familia germanica, era la de que el marido era monogamico, es decir no gozaba de tener varias esposas, por el contrario ellos eran muy respetuosos de sus mujeres, aun cuando estas no gozaban de ningún poder de decision, pero si podian colaborar en la educación de los hijos, ademas de que como ya lo he repetido, este tipo de familia estaba acostumbrada a vivir en tribus, en donde todo ese tipo de costumbres adquiridas por descendencia, eran consideradas como regla única de aplicación.

La tribu en donde habitaban estaba conformada por varias familias, llevando a cabo sus relaciones familiares entre los padres e hijos mediante "LA MUNT", institucion familiar muy parecida a la Patria Potestad, pero con las diferencias que se han venido mencionando, teniendo un carácter muy tuitivo desde sus inicios.

El padre aún v como autoridad maxima dentro del seno de la familia su comportamiento para con los hijos era de mucho cariño y atencion, pero esto no queria decir que

con esto era causa suficiente para que la aplicación de sus normas fueran a verse detenidas por este hecho. al contrario el cariño que se le tenía a los hijos, obligaba a los padres a disponer hasta de la vida de ellos si el caso así lo ameritaba. No hay que olvidar que el fin primordial de la educación de los hijos era la de prepararlos para la vida adulta, ya que el hijo varón era inexorablemente el que iba a proseguir con la dinastía familiar, misma que consideraba el heredar todos los bienes familiares.

El hijo estaba sujeto a "la munt" hasta la mayoría de edad y mientras esto no sucediera. la actitud del hijo para con el padre debería de ser de sumo respeto y veneración, ya que en el caso de no suceder así, podía ser castigado severamente.

Por lo que respecta a los bienes, estos eran considerados como propiedad colectiva de la familia, por lo tanto el padre, aún y cuando tenía mucho poder, no podía disponer de ellos, ya que como ya se ha manifestado, la familia era lo más importante para la consecución de la sociedad o de la tribu, en su caso concreto. además de ser una forma de conservar los bienes como un aseguramiento de la unidad de cohesión de la familia.

Ya mencionamos que el hijo varón mayor era el heredero inmediato al padre de todos los bienes propiedad de la familia, aclarando que aun y cuando la mujer tenía intervención dentro del manejo interno de la familia, así como de la educación de los hijos, al momento de fallecer el esposo no se le consideraba en ningún aspecto para que pudiera heredar, ya que esto lo tenía prohibido según disposiciones de la Ley Sálica, pero no hay que olvidar que ella era la que seguía detentando "la munt" sobre de los hijos en la muerte del marido.

C. En el Derecho Mexicano

Respecto a nuestra legislación trataré de hacer una reseña general, dentro de lo posible, de algunas de las instituciones jurídicas desarrolladas desde la época prehispánica hasta nuestros días, refiriendome en su caso al tipo de organización que tenían en ese momento.

Para el efecto de tener una mejor visión del desarrollo del derecho mexicano diremos que el mismo se dió en los siguientes periodos:

- 1.- Periodo Precolonial;
- 2.- Periodo Colonial;
- 3.- Periodo de Independencia;
- 4.- Epoca Moderna.

Antes de entrar en detalle en cada uno de estos periodos cabe hacer un paréntesis al respecto, ya que aún y cuando nuestro derecho anterior a la conquista no tiene ninguna relación con nuestro derecho moderno, es de suma importancia el no dejar de mencionar alguna de las formas de vida, ya que en esencia es una de las raíces de nuestro desarrollo como hombres y no sería correcto borrar de nuestra historia esa forma de vida tan especial.

En la época prehispánica, nuestro territorio estuvo ocupado por diversas tribus indígenas: siendo algunas de ellas las que conformaban cacicazgos, otras, verdaderos reinos de distinta conformación territorial, y otras de tipo nómada y salvaje que recorrían territorios determinados pero sin llegar a conformar una organización definida.

Tomaremos como base de explicación a una de las conformaciones de vida antigua mexicana con mayor organización y que en orden de importancia ocuparon un lugar especial, nos referimos a la familia náhuatl, pueblo que en su desarrollo fue importante y a su vez fue ejemplo de otros: fue tan amplia su organización, que no hay que dejar de reconocer que en la actualidad aún existen grupos étnicos en nuestro país que prosiguen con este tipo de costumbres.

Hay que notar que los náhuatl abarcaron toda una cultura, con su espíritu filosófico propio, por lo que nunca se le considero como un pueblo degenerado, siendo los aztecas uno de los pueblos más poderosos de esta cultura.

Entremos al tema que nos interesa, pero antes mencionaremos como era la vida familiar de este tipo de familia.

La base fundamental de la familia era el matrimonio

al cual se le tenía en un muy especial concepto; este se celebraba bajo un carácter exclusivamente religioso, razón por lo que si no se llevaba a cabo bajo estas disposiciones del ritual, carecía de toda validez, además de que en esta ceremonia no tenía un carisma propiamente publico, ya que los únicos que intervenían en su solemnidad eran los parientes cercanos y amigos íntimos de los contrayentes.

Una característica principal de los que celebraban matrimonio, era de que los desposados comenzaban por no consumar su matrimonio durante cuatro días, a fin de que por favor divino fueran buenos casados y a su vez fueran bendecidos con hijos. Es importante aclarar que solo a los que se casaban bajo estas disposiciones eran considerados esposos, ya que el marido podía tener relaciones con varias mujeres, pero solo con la que había celebrado cierto rito, era a la que se le reconocía como esposa legítima.

Los aztecas estaban agrupados en "clanes", el cual estaba conformado por parientes entre sí, ya que se suponía que descendían de un antepasado llamado "Totem".

El matrimonio era considerado como unión definitiva, aunque existía el provisional y el concubinato; el matrimonio que se disolvía, no podía volverse a unir en

matrimonio so pena de muerte. al igual se recibia el mismo castigo por cometer adulterio.

La posición de la mujer dentro del matrimonio nunca fue de inferioridad frente a la del varon, ya que si bien este era el jefe de la familia, ella podia poseer bienes, celebrar contratos y acudir a los tribunales en solicitud de justicia, sin necesidad de autorización de su cónyuge.

Respecto a los bienes parece que solo existió el de separación, ya que al momento de celebrar el matrimonio se hacia un inventario de lo aportado por cada uno de los contrayentes, misma que se asentaba en un documento que quedaba en poder de los padres de ambos, a fin de ser restituidos en caso de divorcio.

Ya hemos comentado que al hombre era el jefe de familia; pero en derecho estaba en igualdad de condiciones que la mujer. El hombre tenia la facultad de castigar y educar a los hijos varones y la mujer a las niñas, teniendo ese derecho de amonestacion sobre sus hijos sin distincion.

Esta institucion de la patria potestad tenia un caracter muy amplio. El padre podia vender a sus hijos como esclavos, cuando el estado de pobreza le impedia seguir manteniendolos. Tambien tenia la facultad de que aquel

matrimonio de sus hijos que se celebrara sin su consentimiento, era considerado como ignominioso.

La facultad de corrección que tenían los padres sobre los hijos era tan extensa que podían utilizar la violencia, pudiéndolos herir con espigas de maguey, cortarles el cabello, y en caso de ser considerado como un hijo incorregible, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo al frío de las montañas, atado, desnudo y metido en el lodo. Su aplicación de su derecho era muy estricta ya que podían hasta hacerle una incisión en el labio al mentiroso.

Los hijos de los nobles, ricos y de clase media vivían con sus padres hasta los quince años, fecha en que se le debería otorgar su propia casa.

A la muerte del padre, el hermano de este podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda. Los huérfanos podían acudir ante cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiría la tutoría del menor.

Por último es de considerar que los náhuatl consideraban a la familia como la base primordial de la

sociedad, constituida por los padres y los hijos; y en la que las funciones de jefe la desempeñaba el hombre más anciano.

Los aztecas amaban enormemente a sus hijos, considerandolos como plumas ricas o piedras preciosas. En resultado el nahuatl era considerado como "... hombre de buen corazón, previsor, sostén y protección de sus hijos..." (7)

Dentro del desarrollo del Derecho Mexicano en los periodos que hemos mencionado anteriormente hubo varios cambios al paso del tiempo, razón por la que nos adentraremos en la evolución que tuvo el Derecho Civil.

Es importante mencionar que dentro de las fuentes del Derecho, la base fundamental de aplicación en los reinos eran la costumbre, las sentencias del rey y de los jueces, ya que estos tenían carácter de legisladores, que al momento

(7) DE IBARROLA, Antonio: Derecho de Familia: Segunda Edición: Editorial Porrúa, S.A.; Página 104

de dictar un fallo sentaban jurisprudencia. pues dicho castigo en materia penal se aplicaba en idénticas circunstancias. a fin de ser observada fielmente en posteriores ocasiones.

El matrimonio era la base de la familia y como tal, se le tenía en muy alto concepto. El mismo era efectuado bajo un acto exclusivamente religioso, mismo que carecía de validez si no se celebraba bajo la ceremonia del ritual.

Los mexicanos acostumbraban la poligamia, principalmente los nobles y los ricos; pero era de tal significado que entre todas se distinguía a la legítima, que no era otra más que aquella con la que había celebrado matrimonio bajo las formalidades requeridas.

La edad para contraer matrimonio era para el hombre, entre los 20 y 22 años; y para la mujer, entre los 15 y 16 años. Las viudas podían casarse, pero se exigía que el segundo esposo no fuera de un rango inferior al primero.

Por último refiriéndonos a las hijas, las cuales se educaban en su casa. generalmente, aun cuando había establecimientos especiales para la educación de las mujeres y otros de reclusión y educación, especie de conventos bajo la autoridad de los sacerdotes.

CAPITULO II. ANALISIS JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD

A. Concepto de la Patria Potestad

A través del desarrollo histórico del derecho ha habido distintas maneras de conceptualizar a las principales instituciones en el Derecho de familia y entre las cuales nos encontramos a la Patria Potestad, institución muy importante en el desarrollo de las relaciones familiares entre padres e hijos, misma situación que ha venido dando puntos de vista diversos de los estudiosos del derecho, y es por ello a fin de desarrollar nuestro tema debemos de entender primero que es la Patria Potestad, para lo cual daremos varios conceptos que algunos autores dan al respecto de este tema.

Ignacio Galindo Garfias, nos dice que la patria potestad tiene su origen en la filiación y que por lo tanto la considera como una institución que se establece por el derecho, con la finalidad de asistir y proteger a los menores no emancipados; y cuya filiación ha sido establecida en forma legal, ya sea de hijos nacidos dentro del matrimonio, fuera del matrimonio o por vía de adopción, en

virtud de lo cual él considera que su ejercicio corresponde a los progenitores y respecto de los cuales ha quedado debidamente establecida la filiación, ya sea por cosanguinidad, o de manera civil.

Después de adentrarnos en lo que él considera el origen de esta institución nos define a la Patria Potestad como la que "... comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere" (8)

Asimismo se considera respecto a su definición, que la atribución de estos derechos y facultades representados por el padre y la madre, les permite cumplir con los deberes que tienen hacia sus hijos.

Considero que la definición de este autor no data de ser muy estructurada y muy completa, pero siento que no cumple con el objetivo primordial de la conceptualización de

(8) GALINDO GARFIAS, Ignacio; Derecho Civil; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A.; Página 655

las cosas y que es el definir de una manera concreta y específica lo que se desea dar a conocer. y Galindo Garfias entra en generalidades, sin concretar partes importantes de esta.

Vamos a retomar de este autor las distintas definiciones que nos da de diversos autores, tales como Colin y Capitant que definen a la Patria Potestad, diciendo que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento de alimentación y educación a que están obligados." (9)

Siento que este autor es un poco ambiguo en su concepto, ya que considera que la facultad otorgada a los padres tiene como fin fundamental facilitar la aplicación de los deberes, y yo considero, que si bien es cierto que tanto la facultad como el deber tienen el mismo fin, no creo que la idea del legislador haya sido la de crear un derecho

(9) Cit. pos.; Ob. cit.: GALINDO GARFIAS, Ignacio; Página 655

facultativo con el propósito de facilitarle sus deberes a los padres.

Por su parte Planiol nos define a la patria potestad como "... 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" (10)

Este autor es muy parecido en su apreciación respecto a lo manifestado por Colin y Capitant, además de mostrarse un poco insistente en lo que respecta al derecho adquirido.

Eduardo Peniche López, nos dice que "... se da el nombre de la Patria Potestad al poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus derechos." (11)

(10) Ob. cit.: GALINDO GARFIAS, Ignacio: Página 656

(11) PENICHE LOPEZ, Edgardo: Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil: Decimoséptima edición: Editorial Porrúa, S.A.; Página 127

Este autor nos da una definición sencilla pero específica, pero considero que no es del todo clara en lo que se refiere a la edad y discernimiento del hijo.

Por último Sara Montero Duhalt, nos define a la Patria Potestad en el sentido de que "... es la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad." (12)

Esta autora nos da una definición exacta y concreta de la Patria Potestad, ya que habla de una manera clara y precisa, de lo que es esta institución del derecho familiar.

Desde mi punto de vista muy particular considero que todos los autores que definen esta institución, son correctos en su apreciación, pero es muy importante saber que no hay que confundir las cosas, razón por la que creo que Montero Duhalt, es uno de los varios autores que nos da una definición más concreta, a lo cual llego a la conclusión

(12) MONTERO DUHALT, Sara; Derecho de Familia; Tercera edición; Editoria! Porrúa, S.A.; Página 339

de que la Patria Potestad nos da derechos y deberes, o facultades y obligaciones, mismos que se encuentran regulados por la normatividad del derecho de familia.

Con base a lo manifestado por los distintos autores, llegamos a la conclusión de que la institución de la Patria Potestad se origina en la relación paterno-filial, siendo de esta manera como la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación o adopción, la cual a su vez impondrá a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente. Asimismo se les atribuye un complejo de facultades, a fin de que en el ejercicio de esa autoridad cumplan con la función ético-social, ya que es una de las razones que actualmente funda a la autoridad paterna.

Con este sentido conceptualizaremos a la patria potestad como aquella autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. Esta es la forma en que se concluye de que la autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad.

El nombre de patria potestad responde más a la

fuerza de la tradición que al espíritu propio de esta institución, ya que actualmente no se le considera un poder, sino una facultad correlacionada con el cumplimiento de un deber y llevando un fin específico, que es la de beneficiar a los hijos, además de que ya no pertenece exclusivamente ejercerla al padre, sino ahora es compartida por igual con la madre, llegando a veces a ser exclusiva de ella, además de que también puede ser ejercida por los otros ascendientes, ya sea conjunta o separadamente.

Los cambios que ha tenido el ejercicio de esta facultad durante el transcurso de los tiempos, ha orillado a algunos tratadistas a querer cambiarle el nombre, teniendo resultados algunos de ellos: tal es el caso del Código de Familia Ruso de 1918, donde se cambió el nombre de Patria Potestad por el de "...derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres." (13)

En cambio, ha sido imposible para los de la legislación comparada el cambiar este nombre, ya que aún y cuando han sido muchas sus manifestaciones al respecto,

(13) CFR; Ob. cit.; MONTERO DUHALT, Sara: Pagina 340

sigue siendo Patria Potestad, el nombre de esta institución.

Lo inexplicable de esto, es de que a través de los siglos, la patria potestad ha pasado de la categoría de derechos egoístas, a la de derechos altruistas y de funciones en favor del menor.

B. Características de la Patria Potestad

Después de haber analizado diversos conceptos dados por los tratadistas del derecho de familia, y haber llegado a la conclusión de que esta institución ha tenido diversos cambios que en el derecho moderno son aspectos muy diferentes y preferentemente protectores del menor, ya que es visto como una función social y de interés público, más que una potestad en favor de los padres, ya que la protección del niño comienza desde su concepción, además de imponer a los padres la obligación de educarlos, pero siempre bajo una función conceptuada en serena, justa, verdadera y comprensiva.

Hemos visto también que la protección de los menores en nuestro derecho no depende de la existencia del vínculo matrimonial, sino del hecho de la procreación o de

la adopción. Por un hecho natural se le atribuye a los ascendientes un complejo de facultades y derechos, con lo que cumplirán con la función ético-social que se funda en la autoridad de quienes tienen este ejercicio. Por ello es de que el educarlos y corregirlos deriva de la autoridad que se les entrega a los ascendientes, sobre la persona y bienes de quienes necesitan una protección material y espiritual.

Los tratadistas reconocen en la patria potestad un contenido moral y uno jurídico, ya que según manifiestan, estos aparecen perfectamente entrelazados, no afectando a la naturaleza de esta institución.

Es importante mencionar que la paternidad implica una misión de educar y proteger a los hijos, considerando que las relaciones entre padres e hijos derivan desde dos ángulos, ya sea desde la perspectiva de las relaciones internas de los sujetos, es decir, los ascendientes que la ejercen y los menores sobre los que recae. De esto tenemos como resultado, que a los ascendientes les va resultar fundamentalmente un derecho subjetivo, mientras que para los menores, es un deber de honrar y respetar a sus ascendientes.

Dada esta circunstancia de normatividad en su

ejercicio, no es nada extraño, la intervención del Estado en este tipo de relaciones, intervención que cada día se acentúa más como una manifestación de interés público.

Al efecto de conocer la esencia fundamental de esta institución, entraremos en estudio de las características, que en mi opinión son las principales, y en razón de las cuales, comprenderemos más el ámbito jurídico de ella.

Como guía, retomé de Sara Montero Duhalt, parte de su cuadro sinóptico, al cual le anexe algo más, como una aportación personal, a lo cual diremos que las principales características de la Patria Potestad, son las siguientes:

- 1.- Cargo de interés público
- 2.- Personalísimo
- 3.- Irrenunciable
- 4.- Intransferible
- 5.- Imprescriptible
- 6.- Temporal
- 7.- Supletorio
- 8.- Excusable

1.- Cargo de interés público. La vida es por excelencia el valor primordial, sustento de todos los demás que configuran en el sentido de la existencia humana. El

derecho que es un instrumento de la convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre los cuales se encuentra el de la protección a los desvalidos, elevandolos a la categoría de conductas de interés público.

"Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de la familia, tanto en las relaciones conyugales, como las que nacen de la patria potestad..." (14). Razon por la cual debe existir evidentemente una coincidencia en el interés de los ascendientes con el de la sociedad, ya que si bien es un cargo de derecho privado, este se ejerce en interés público.

La patria potestad es una institución derivada de la necesidad que existe de que se desarrolle normalmente y cumpla de este modo con sus fines primordiales, siendo el más importante, el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual, a veces es necesaria la acción directa de la autoridad estatal.

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por

(14) CFR: ROJINA VILLEGAS, Rafael; Compendio de Derecho Civil; Editorial Porrúa, S.A.; Página 233

el interés y bienestar de los hijos, es en buena medida derivada de la naturaleza misma, ya que la mayor parte de los progenitores, principalmente las madres, asumen sus responsabilidades como tales, en forma espontánea y amorosa, entregada al bienestar del hijo.

2.- Personalísimo. Esta característica se refiere a que el que detenta la patria potestad, es el único que puede ejercerla, considerando que normalmente el padre y la madre la ejercen conjuntamente, y a falta de uno de ellos, queda en función del que subsiste.

Al manifestar que solo el que la detenta puede ejercerla, no quiere decir que no sea posible que otro pueda hacerlo por disposición legal, a lo cual cabe mencionar el artículo 414 del Código Civil vigente para el D.F., que a la letra dice:

"art. 414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I. Por el padre y la madre;

II. Por el abuelo y la abuela paternos;

III. Por el abuelo y la abuela maternos."

Este artículo se refiere solo a los hijos nacidos

de matrimonio, por lo que en el caso de los nacidos fuera de matrimonio, es de que cuando los progenitores lo han reconocido y viven juntos, ambos detentan la patria potestad. En caso de vivir separados se observará lo dispuesto en el Código Civil, al respecto de que si por cualquier circunstancia alguno de los padres deja de ejercer la patria potestad, entrará en función inmediata el otro.

En el caso de que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos, se separen, continuarán estos en ejercicio de la patria potestad, pero en caso de no ponerse de acuerdo, el juez de lo familiar lo designará, tomando en cuenta los intereses del hijo.

Por lo que respecta al hijo adoptivo, serán las personas que lo adopten quienes detentarán el ejercicio de la patria potestad.

Solamente por falta o impedimento de los ascendientes llamados preferentes (progenitores), entrarán en ejercicio los que sigan, conforme al artículo transcrito, aclarando que si solo faltare alguna de las dos personas, a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, la subsistente continuara en su ejercicio.

3.- Irrenunciable. Retomando la clasificación que

hace el maestro Rojina Villegas, en su Compendio de Derecho Civil respecto de los derechos subjetivos familiares, podemos decir que la patria potestad es un derecho relativo, por ser oponible exclusivamente al sujeto pasivo determinado y que es el que realiza su ejercicio.

El carácter de irrenunciable, es en razón de que no cabe la renuncia de este derecho-deber por parte del que lo detenta, por lo que cualquier estipulación en contrario, carecerá de todo efecto jurídico. Expresamente el artículo 448 de la ley regulatoria, determina que "...la patria potestad no es renunciabile...", además de que el artículo 6o., nos dice que "... solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público...", razón por demás válida para que dicha institución se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto al traer hijos al mundo.

La renuncia al ejercicio de la patria potestad, por parte del ascendiente que deba desempeñarla, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, perjudicando en consecuencia los derechos de los menores sujetos a ella.

Los derechos y los deberes que integran la patria potestád estan fuera del comercio. Ahora bien, considerandola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que contiene a su titular, esta constituida por un conjunto de derechos personalismos inherentes a la persona misma del progenitor, o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella. Su renuncia o abandono podria acarrear sanciones aun de carácter penal.

En concordancia con estos principios, se ha resuelto que es inaceptable la renuncia que hace el padre a ejercer la patria potestad sobre uno de sus hijos, solicitando a su sometimiento al Patronato del Estado, y reteniendo el ejercicio de sus facultades sobre sus otros hijos. Se ha manifestado entonces, que quien declina de la obligación impuesta por la ley respecto a la educación y cuidado de los hijos, haciendo abandono de la patria potestad, evidencia ser un mal padre que no puede pretender seguir ejerciendo sus funciones con los hijos restantes. Otra sería la situación si por dificultades económicas pone a su hijo en custodia de un organismo estatal, pero sin hacer abandono de la patria potestad.

4.- Intransmisible. Como ya se ha dicho, casi todas las relaciones de carácter familiar son personalísimos, no pudiendo por ello, ser objeto de

comercio, ni transferirse por ningún título. Tal es la patria potestad, que solo permite una forma de transmisión derivada de la figura de adopción; fuera de este acto jurídico, mismo que tiene que cumplir con todas las formalidades de la ley y además de ser dispuesto por un juez familiar, no existe ninguna otra forma de transmitir la patria potestad. Por consiguiente se adquiere este carácter de intransmisible, por el hecho de ser una institución que tiene una función propia y protectora de los hijos durante su minoridad de edad, y a la vez es una carga impuesta a quien debe de ejercerla.

5.- Imprescriptible. Hay que notar que una de las características importantes de la patria potestad es su naturaleza imprescriptible, ya que los derechos y deberes derivados, no se extinguen por el simple transcurso del tiempo.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción, quien esta obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación y derecho a su ejercicio. Lo mismo sucede con aquel sujeto que sin ser padre o madre, o ascendiente, protege y representa a un menor, no queriendo decir que por este hecho, que por simple transcurso del tiempo, adquiere este cargo.

6.- Temporal. Podemos decir que la patria potestad es una situación transitoria para los que la ejercen y para los que están sometidos a ella, ya que la misma tiene su término al llegar el menor a la mayoría de edad.

"... Este cargo se ejerce unicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoridad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son a los dieciocho años, en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil..." (15)

7.- Supletoria. La supletoriedad de la patria potestad esta determinada a ciertas reglas que establece el artículo 420 del Código Civil, en donde se manifiesta que solamente por falta o impedimento de los ascendientes llamados preferentes, sera causa suficiente para que entren en ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden transcrito en la misma normatividad. Con esto cabe aclarar:

(15) Ob. cit.: MONTERO DUHALT, Sara: Página 344

que si solo faltare alguna de las personas a quienes corresponde ejercerla, ~~la~~ que quede podra seguir en su ejercicio, ya que esta es ejercida conjuntamente por el padre y la madre.

8.- Excusable. El artículo 448 del Código Civil establece, respecto al ejercicio de la patria potestad, que solo pueden excusarse en los casos especialmente señalados en ese precepto legal; los que por su edad avanzada hayan alcanzado la edad de sesenta años y quienes por su mal estado habitual de salud, no puedan cumplir con esta función.

Esta circunstancia es permitida por la ley a fin de que los que en cierta forma ejercen la patria potestad o tengan que entrar en ejercicio de ella, se excusen de cumplirla. Dicho precepto va acorde con la finalidad de esta institución, que es la de cuidar el interés del menor, ya que el cumplimiento de esta implica una serie de deberes que por su naturaleza pueden resultar fatigosos, para aquella persona que por razón de su edad o su salud, no pueda llevar a cabo el cumplimiento de las mismas; es por ello que para quien la ejerza en esas circunstancias, puede acudir ante el juez de lo familiar, a fin de excusarse de su cumplimiento, siendo a la vez la determinación de quien entrará en substitución de dicho cargo, ya sea alguna de las

personas que señala la ley, o si no, se le nombrará un tutor legítimo o dativo.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber; quiere decir con ello que los padres o ábuelos aunque rebacen 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, ya que no es obligatorio que a esa edad, o en esa situación se deba excusar de su deber.

C. Efectos de la Patria Potestad

A fin de determinar cuales son los efectos que provoca la patria potestad hay que saber primeramente que sujetos son los que intervienen o pueden intervenir en esta relación, ya que si no lo hacemos así, podemos llegar a confundir ciertas obligaciones y derechos de estos.

"... la atribución de esta función protectora de los hijos menores descanza en la confianza que inspiran por

razón natural los ascendientes, para desempeñar esta función." (16)

Tomemos en consideración que nuestra legislación toma en cuenta además de las relaciones de orden natural, las de esencia ético-social, a fin de que de manera determinante sean los padres, las personas idóneas para cumplir con este derecho-deber.

La patria potestad es de contenido de orden natural, ya que está determinado por la procreación; asimismo tiene también una finalidad efectiva al menor, como lo es la adopción; de carácter ético, como el deber moral de preocuparse e interesarse por el menor, y como un aspecto social, la de procurar que los padres siempre tengan como fin específico, la de hacer hombres útiles a la sociedad.

Tratare de explicar de manera más específica cada uno de estos aspectos, considerando que desde el punto de vista natural, no es posible dejar de reconocer que uno de los fines específicos del derecho objetivo, es el tomar en

(16) Ob. cit.; GALINDO GARFIAS, Ignacio: Pagina 663

cuenta el sentimiento de afecto e interés de los progenitores para desempeñar ese cargo de la manera mas eficaz.

El aspecto etico entre los progenitores y descendientes en la Patria Potestad, queda comprendido en el estado de obediencia y respeto que debe ejercer el menor para con sus padres, tal y como lo dispone el articulo 411 del Código Civil, en donde se dispone que cualquiera que sea su estado, edad y condicion de los hijos, estos deben honrar y respetar a sus padres y demas descendientes. Considerando que este precepto legal retoma en términos jurídicos, el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo: "Honrarás a tu padre y a tu madre".

Desde el punto de vista paterno, el aspecto ético de la patria potestad, consiste en que la funcion encomendada a los padres, no termina con la procreacion del menor, sino que se impone una obligación moral a los padres, de formar a los hijos en todos los aspectos, tales como desde un punto de vista intelectual, fisico y espiritual.

El contenido social de la patria potestad queda contemplado desde el punto de vista de que los poderes conferidos a los padres constituyen una potestad de interes publico, ya que al momento de cumplir con esta mision en

interés del hijo, automáticamente se está cumpliendo con el interés de la colectividad que es representado por el Estado.

De esta conjunción de aspectos se deriva la exigibilidad del Estado de que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar, y a su vez no explica el porque en el derecho privado, se reúne en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona o personas que la adoptan, como consecuencia natural de la adopción.

Respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio y reconocidos por ambos progenitores, y estos vivan juntos, será ejercida por los dos. En el caso de que no vivan juntos, pero lo hayan reconocido conjuntamente, acordaran cual de los dos deberá ejercerla, y en caso de no ser así, el juez de lo familiar lo resolverá.

Cuando hayan sido reconocidos sucesivamente, la ejercerá el que primero hubiese reconocido, salvo que

llegasen a un acuerdo y el juez de lo familiar no creyese conveniente modificar dicho convenio.

En los casos anteriores cabe aclarar que cuando alguno de los padres dejare de ejercer la patria potestad por cualquier causa, inmediatamente entrará a ejercerla el otro.

Podemos decir que los sujetos que intervienen en la relación derivada de la patria potestad son activos o pasivos, entendiéndose como activos a aquellos que deben desempeñar el cargo, y como pasivos a aquellos sobre quienes debe cumplirse.

Los sujetos activos que muy comunmente son los padres, ya sea de manera conjunta o individual, según sea el caso; los abuelos paternos y maternos en igual de circunstancias que los anteriores, y los sujetos pasivos que son los hijos o los nietos menores de edad, ya que el menor que no tenga padres o abuelos, se le deberá nombrar un tutor.

En este complejo de relaciones jurídicas que conforman el contenido de la patria potestad encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Aclarando que la patria

potestad se realiza con alguna interferencia por parte del juez tutelar v del tribunal.

Procede distinguir entre los efectos de la patria potestad a los relacionados con las personas v los relacionados con los bienes.

1.- Respecto de las personas.

a).- Derechos v obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad.

Ya comentamos que los hijos cualquiera que sea su estado. edad v condición, deben honrar v respetar a sus padres y demás ascendientes, tratándose de un deber predominantemente ético, que no se extingue ni con la emancipación, ni con la mayoría de edad. tratándose más bien de una consecuencia de la patria potestad. o sea de la relación paterno-filial.

El Código Civil señala en su artículo 411: "los hijos cualquiera que sea su estado. edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Esta disposición legal comprende dentro del deber moral de los hijos, no solo a los padres como titulares del derecho al

ejercicio de la patria potestad, sino también a los demás ascendientes, o sea, quienes están en la posibilidad legal de ejercerlo en caso necesario.

Este es un deber supremo del hijo que recoge la ley, no derivada de la patria potestad, sino de la calidad del hijo, de la filiación misma. La honra, obediencia y respeto a los padres, son reglas reguladas por la moral apoyada en el derecho; los principios que rigen la conducta humana, esta visto desde el punto de vista de obediencia y respeto a los padres en todo lo que es lícito y honesto, sin dejar de considerar que las disposiciones jurídicas exigen sumisión de los hijos hacia sus mayores. Los hijos están obligados a respetar a los padres, aún después de que se extingue la patria potestad.

El segundo deber que señala la ley, es el de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. Mientras estuviere el hijo sometido a la patria potestad, no podrán dejar la casa de los que la ejercen; así dicho sujeto, debe vivir en el lugar que los que ejercen le designen, que normalmente es la misma habitación de unos y otros. Cabe mencionar que los menores tienen domicilio legal y este es el de los que ejercen la patria potestad o tutela.

Estas prescripciones tienen carácter visiblemente tuitivo, y mas que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia, ya que tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institucion podria ocasionarle, si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejos debidos a contraer obligaciones de cualquier genero que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio.

Ahora bien, en todos aquellos casos en que los que ejerzan la patria potestad tengan un interes opuesto o contrario a del quienes se encuentran sometidos a ella, estos serán representados en juicio y fuera de el, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

b).- Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos:

- b.1 El deber de suministrar alimentos
- b.2 Educacion

b.3 Corrección y ejemplaridad

b.4 Representación legal

b.5 Designación de domicilio

La obligación de dar alimentos a los hijos se acentúa en el caso de que se hallen sometidos a la patria potestad, teniendo como fundamento el artículo 303 del Código Civil.

La obligación de educarlos convenientemente incumbe a los que ejercen la patria potestad, ya que tienen ellos la facultad de elegir el lugar y la forma de llevarse a cabo su educación, además de que existe la obligación administrativa establecida en el artículo 53 de la Ley Federal de Educación, que impone a los que ejercen la patria potestad, de que sus hijos menores de quince años deberán de recibir la educación primaria.

El contenido del deber es muy variado, pero señalare lo más significativo, el cual se refiere al impuesto por el estado en interés del menor, bajo la forma de una obligación escolar contemplado en el artículo 30. fracción VI, de la Constitución, para lo cual los padres deben erogar los gastos necesarios para posibilitar esa educación.

El control del Estado en el ejercicio de la patria potestad se hace a través de la autoridad judicial o administrativa. Es evidente que el poder paterno no es absoluto, ni discrecional; de ahí que cuando los padres no cumplan convenientemente con las obligaciones de educar a los hijos, la autoridad podrá ejercer por vía del Ministerio Público, a fin de que promueva lo que corresponda.

En el capítulo relativo a esta materia se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse asimismo. Existe la obligación de proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva, por los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente, debiendo las autoridades, en caso necesario, auxiliarles para este efecto haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

La moderación a que hace referencia el Código

Civil, en relación con la facultad de corrección y castigo de los hijos, significa que en ningún caso esta autorizada con exceso de lo que en el orden natural de la conducta humana, puede presumirse de quienes ejercen la patria potestad. Esta facultad se ejerce solamente en los casos en que la conducta del menor lo exige, estimando un trato adecuado, basado en el amor, ya que es más eficaz que el castigo.

Cuando los menores son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad; es por ello que el que se encuentra sujeto a la patria potestad no puede comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan. En el caso de no haber acuerdo, lo resolverá el juez.

El derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujetos a la patria potestad, se vincula con la obligación del menor de abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido, derivandose en consecuencia que el domicilio legal del menor, sea el de aquellos, y como es natural, el deber del hijo de convivir con quienes ejercen dicha función.

2.- Respecto de los bienes

La patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del menor: de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

Es del todo cierto que la patria potestad se ejerce sólo sobre los hijos menores de edad no emancipados, y quienes mientras no alcancen la mayoría de edad, no podrán disponer libremente de su persona, ni de sus bienes, tal y como se contempla en los artículos 646 y 647 del Código Civil.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de administrar los bienes del menor, así como representarlos en toda clase de actos y contratos, ya sea en vía judicial o extra-judicial.

Con lo anteriormente manifestado, cabe aclarar que esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del menor, ya que estos tienen un doble efecto que son:

a).- Administración de los bienes del menor. Antes de entrar en detalle de este efecto, hay que aclarar que tanto en la administración como en el usufructo legal, hay que

distinguir lo que a la letra dice el artículo 428 del Código Civil: "Los bienes del hijo, mientras este en la patria potestad, se dividen en dos clases: I. bienes que adquiere por su trabajo; II. bienes que adquiere por cualquier otro título". Con esto contemplamos que existen dos clases de bienes del menor, de los cuales, los adquiridos por su trabajo le corresponde la propiedad, administración y usufructo, ya que los que ejerzan la patria potestad sobre él, no tendrán ninguna injerencia en los mismos.

Por lo que respecta a los bienes adquiridos por otro título distinto al trabajo, ya sea por herencia, legado, donación, etc., la propiedad y el cincuenta por ciento del usufructo le corresponden al menor, en tanto que la administración y el resto del usufructo, le corresponden al que ejerce la patria potestad, aclarando que si en caso de ser bienes adquiridos por herencia y el testador haya dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo, o que sea destinado a un fin determinado, se deberá estar a lo dispuesto. Esta distinción que se hace de los bienes del menor tienen sus orígenes en el derecho romano, dentro de lo que ellos consideraban los peculios, ya que estos fueron considerados como un privilegio.

La administración de los bienes del menor no otorga

a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo, sin embargo, dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes, tales como dinero, para la administración, considerandolos como los que tienden a la conservación del patrimonio y a la percepción de los frutos que este produzca, según la naturaleza propia de su destino de estos bienes.

La idea fundamental de la patria potestad, respecto a la administración, es la de conservar los bienes, por lo que todos aquellos actos de disposición son contrarios a este principio.

El que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, pudiendo representarlo en juicio, pero no celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, además de ser necesaria una autorización judicial, en el caso de que la ley así lo requiera expresamente.

Hay que contemplar que en términos generales, se entiende por actos de disposición: "a todos aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la

disminución del patrimonio ...". (17) Podemos decir que dentro de este concepto se contemplan a aquellos que tienen como propósito el de comprometer el crédito del menor, así como la de constituir un gravámen sobre sus bienes, y para lo cual podemos poner como ejemplo a la hipoteca, prenda, fianza, etc.

En el caso de que la ley expresamente requiera de autorización judicial para celebrar cierto acto respecto de los bienes del menor, deberá el tenedor de la patria potestad probar ante el juez la absoluta necesidad o beneficio para el menor, con la realización de estos actos. Asimismo al otorgarse la autorización judicial, el juez familiar, deberá vigilar que el producto de la venta sea dirigido al objeto para el que se prometió, y en caso de quedar saldo, el mismo será invertido o se ocupará para la adquisición de un inmueble.

Otra de las limitaciones que el legislador da a los administradores de los bienes del menor, es la de no poder celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años,

(17) Ob. cit.; GALINDO GARFIAS, Ignacio; Pagina 670

ni recibir renta anticipada por más de dos años, ni podrá vender los valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menos del valor del que se cotice el día de su venta; tampoco podrá hacer donación de los bienes del menor, ni perdonar deudas en favor del menor, no puede otorgar fianzas en representación de los bienes del menor.

En caso de que alguna de estas limitaciones sea violada, cualquier persona interesada, o el menor de catorce años cumplidos, podrán recurrir al juez, por vía del Ministerio Público, a fin de impedir la mala administración, disminución o derroche de los bienes del menor. Las personas que ejerzan la patria potestad deberán entregar al menor, ya sea cuando estos se emancipen o alcancen la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que le pertenezcan.

En el momento en que exista un interés contrario u opuesto entre el menor y el que ejerce la patria potestad, deberá nombrarse un tutor dativo al menor, a fin de ser representado, en caso de juicio. Se señala que al término de la patria el que la ejercía deberá rendir cuentas de la administración de los bienes, aclarando que la ley no señala plazo para ello, pero es de entenderse que será al término de esta obligación y siempre se hará a petición del

interesado.

b).- **Usufructo legal.** El usufructo de los bienes del menor que ejercen normalmente los padres es de naturaleza particular, por razón misma de su afectación familiar.

Los ingresos del menor quedan afectados, ante todo para su alimentación, ya que dichos gastos generados por estos, deben ser proporcionados por esa fortuna, por lo tanto los padres no deben conservar mas producto, que aquel que exceda del necesario para la educación y alimentación del menor. Ya a quedado manifestado que el usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, perteneceran por mitad al menor y a los que ejercen la patria potestad.

Todo tipo de fruto generado por esta clase de bienes, perteneceran al menor, siempre y cuando haya sucedido antes del inicio de la patria potestad.

Hav que considerar que el usufructo legal tiene consigo la obligación de cumplir con lo dispuesto para los usufructuarios por cualquier otro titulo, como es el de inventarlo y valorarlo antes de entrar en goce y disfrute de los mismos, por lo que no se podra alterar su forma, ni

sustancia, y usarlos para el objeto al que estan destinados. a fin de poder devolverlos asi cuando se extinga este derecho.

Una de las prerrogativas que otorga la ley a este tipo de usufructuarios legales. es la de estar exentos del deber de otorgar fianza, pues el legislador le concede crédito a los mismos, por razón de que se considera que a estas personas las mueve el sentimiento e interés a sus descendientes, mas que el suyo propio. Sin embargo, la ley nos da tres casos, en los que sí es exigible esta situación: cuando el que ejerza la patria potestad sea declarado en quiebra; cuando contraiga nuevas nupcias; y cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos. Cabe aclarar que en caso de divorcio, el derecho de usufructo queda perdido irremisiblemente para el conyuge culpable, como una sanción que le alcanza por la falta que a él le es atribuida; el conyuge inocente se beneficia del derecho de usufructo legal, aún y cuando su hijo no estuviere bajo su custodia. En caso de que ambos conyuges fueren culpables, el derecho de usufructo legal se extingue. El usufructuario legal puede renunciar a su derecho en favor del hijo, por lo que siendo este caso, será considerado como una donación.

D. Consecuencias jurídicas de la Patria Potestad

1).- Causas de suspensión

La suspensión de la patria potestad se contempla en el artículo 447 del Código Civil y se puede generar por:

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

Respecto al primer caso, sabemos por demás que el que ejerce la patria potestad tiene que ser torsozamente una persona que este en pleno uso de sus derechos, a fin de que pueda llevar a cabo la representación de otra persona. Razón por demás importante, ya que el que no goce o pierda su capacidad de ejercicio, tendrá que serle nombrado un tutor, para que actúe a su nombre, por lo tanto no podrá seguir ejerciendo la patria potestad.

En el segundo caso, es obvio pensar que aquel que se encuentra ausente, extraviado o perdido, es decir, no se sabe exactamente donde se encuentra, y en consiguiente se duda de que viva, no puede seguir gozando de sus derechos, de entre los cuales está la patria potestad.

En el tercer y último caso, puede ser considerado por un juez, que la conducta del individuo que ejerce la patria potestad es inconveniente para con los intereses del menor, por razones muy sólidas y suficientes, para que en forma temporal, se le condene a ello.

Estos tres casos de suspensión pueden llegar a extinguirse en cualquier momento, ya sea por que el incapacitado recobre su capacidad de ejercicio; el ausente regrese; y por ultimo, al condenado se le extinga la condena. Siendo de suma importancia mencionar, que esto será siempre con intervención del juez familiar, a fin de que haga la declaración correspondiente.

2).- Causas de extinción

La patria potestad al momento de extinguirse, termina para ambos sujetos, esto es para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo.

La forma de extinguirse de la patria potestad puede ser en forma relativa o absoluta, según funcione en si misma o sobre la persona que la ejerce, es el caso que ahora mencionaremos sobre aquellas de causa absoluta.

El Código Civil nos hace la distinción en el artículo 443, que a la letra dice: "La patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación derivada del matrimonio; III. Por la mayor edad del hijo."

De este precepto se desprende, que mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de estos los ascendientes, tienen el deber legal de asumir el cuidado, ya sea por parais o en forma individual por alguno de ellos, cuando ya no existe ninguna de estas personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo menor de edad, caso en el que se le deberá nombrar un tutor.

La emancipación por matrimonio, significa que todo aquel menor de edad que contraiga nupcias, sale de la patria potestad aún y cuando dicho matrimonio se extinga persistiendo la minoría de edad, es decir, el menor no regresa a la patria potestad, sino se le considera emancipado.

La mayoría de edad extingue la función de la patria potestad, ya que la misma se encuentra dirigida para los menores de edad; por lo que al momento de adquirir la mayoría de edad va a poder disponer libremente, tanto de su

persona como de sus bienes.

Hay que contemplar que hay personas que pueden llegar a la mayoría de edad, teniendo como efecto principal la extinción de la patria potestad, pero el sujeto se encuentra en alguno de los casos determinantes de incapacidad, razón por la que se tendrá que sujetar a un juicio de interdicción, en el que por sentencia se le declare incapaz y por consiguiente se le nombre un tutor.

Es importante aclarar que aun y cuando nuestro código no lo contempla, la patria potestad se extingue con la muerte del menor, ya que es de entenderse que si no existe el sujeto sobre de quien se debiera ejercer, no será posible que siga existiendo la misma.

3).- Causas de pérdida

Pasaremos ahora a los casos de pérdida de la patria potestad, notando que el artículo 445, establece que "la madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad.

El artículo 444, nos manifiesta que la patria potestad se pierde:

"I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la

perdida de éste derecho o cuando es condenado dos o mas 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 y la moralidad de los hijos, aun cuando éstos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley 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."

En relación a la pérdida de la patria potestad, los tribunales deben aplicar la ley en forma muy cuidadosa, ya que en caso de divorcio, el artículo 268 no contempla la pérdida de este derecho y ningún otro precepto puede aplicarsele por analogía.

En relación a la fracción IV del artículo mencionado, cabe comentar que el padre que no demuestra interés alguno y descuida el proveer la subsistencia, cuidado y educación de su hijo menor, a pesar de que con mas o menos facilidad, tuvo a su alcance los medios para ello, debe irremediabilmente perder la patria potestad. A lo

anterior concluimos que hay abandono del menor, mismo que importa la pérdida del derecho, pues es importante prejuzgar la situación del abandono, según la conducta de quien lo realiza y con independencia del otro progenitor, de lo contrario se llegaría a autorizar el que uno de los padres dejara de cumplir absolutamente sus obligaciones, por la mera circunstancia de que el otro si cumpliera con las que le incumben.

Ya se dijo que la patria potestad es irrenunciable, pero dentro del ámbito jurídico existe una facultad establecida en el artículo 448, que es la de excusarse del mismo, siendo por el caso de haber cumplido sesenta años, o bien cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño. Pero es muy importante decir, que aún y cuando los que detentan este derecho se encontraren en alguno de los casos mencionados, no quiere decir que por este simple hecho deban excusarse del ejercicio de la patria potestad, ya que la misma es potestativa, por lo que podrán o no hacerlo, más no es un deber determinado.

CAPITULO III. El delito de homicidio intencional entre cónyuges como causal de la perdida de la Patria Potestad

A. Definición, características y elementos del homicidio

"Art. 302.- Comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a otro."

Esta definición legal que nos da el Código Penal para el Distrito Federal es sencilla, tomando en consideración que esta se concreta al hecho de la privación de la vida, resultando por demás impecable jurídicamente, pero desde el punto de vista dogmático no tiene referencia a la ilicitud del acto realizado, ni tampoco hace referencia a la consecuencia de la acción u omisión del sujeto, que tuvo un resultado.

Con esto podemos decir que esta conceptualización es del tipo básico de mera descripción objetiva, aunque hay autores que manifiestan que carece del elemento sociológico, ya que es muy importante que exista esta correlación, pues se puede considerar desde el punto de vista del delito, como la violación de sentimientos que comete un individuo en un orden de adaptación a una colectividad. Además no es suficiente con la definición dogmática, ya que describe un

hecho objetivo en forma aislada, olvidandose de la valoración del hecho cometido por su autor.

De estos puntos de vista podemos decir que el "homicidio es la muerte violenta e injusta de un hombre atribuible, en un nexo de causalidad, a la conducta dolosa o culposa de otro." (18)

No hay que dejar de considerar que los autores definen al homicidio, como aquella muerte objetivamente injusta de un hombre, causada por otro hombre, destacando el hecho de la privación de la vida y su ilicitud, además de tomar en cuenta la intención del sujeto en su conducta ya que no podemos olvidar que hay homicidios que en esencia no lo son, tal y como se da el caso en el homicidio causado en legítima defensa o caso fortuito.

Una de las características importantes en el homicidio, es que puede ser causado por un acto u omisión, que irremediablemente será por medios físicos, aunque algunos autores dicen que también puede ser causado por

(18) PAVON VASCONCELOS. Francisco; Lecciones de Derecho Penal; Cuarta Edición; Editorial Porrúa. S.A.; Página 13

medios morales, no dejando de asegurar que el objeto juridico del delito de homicidio, es la vida humana; ya que este delito se consuma con la muerte del sujeto pasivo.

El homicidio para configurarse como delito, debe contar con los siguientes elementos de hecho:

1).- Una conducta. Consistente en el movimiento corporal realizado por el sujeto al momento de realizar la acción comisiva, o sea, actos necesariamente voluntarios; o bien en la inactividad, el no hacer que infringe el mandato de obrar y que tiene igualmente caracter voluntario.

Este elemento de conducta se agota con la actividad o inactividad voluntarias realizadas por el sujeto con el propósito de hacer eficaz dicha expresión, de su querer en la producción del resultado voluntad cuyo limite se precisa en la acción u omisión.

2).- Un resultado. Esta constituido por la privación de la vida, es decir, terminar con las funciones vitales del sujeto contra del que se dirigió el acto u omisión delictuoso.

Este elemento es de suma importancia, ya que la necesidad de que el resultado sea la privación de la vida de

un sujeto, provocado por la conducta o inactividad del individuo que la ejerció.

3).- Un nexo de causalidad. Esta constituido en el reconocimiento de casos, en los cuales existiendo una actividad o inactividad voluntaria, el resultado sobreviene por causas no identificadas con la conducta del agente, en cuya situacion seria imposible la configuracion del delito. Con ello queremos decir, que debe existir un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, para que pueda conformarse como delito, es decir, debe constar de dichos elementos del hecho.

La definición legal contempla el verbo privar, el cual se refiere a la pérdida de la vida y nos conlleva a la relación de la conducta del sujeto y el resultado causal de la misma. pues hay que concluir que solo es posible atribuirlo a un hombre como consecuencia de su acto u omision.

Los elementos que debe contener la conducta para poder determinarse como un delito, son los siguientes:

- 1.- Tipicidad
- 2.- Tipo

3.- Antijudiricidad

4.- Culpabilidad

5.- Punibilidad

1.- Tipicidad. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

En concreto podemos decir, que es la adecuación típica que concreta la existencia del delito, es decir, cuando la conducta encuadra perfectamente dentro de la hipótesis normativa. "... Se dice que la conducta humana productora del resultado de muerte es típica, en virtud a adecuarse al hecho descrito por el tipo legal." (19)

2.- Tipo. Es aquel que se determina por cuanto a los elementos descriptivos que pudieran servir como fundamento a otros tipos penales, ya sea complementados o especiales. En base a esto, el homicidio a sido considerado como de tipo básico independiente, ya que para su existencia no se encuentra sometido a ningún tipo penal, asimismo en

(19) Ob. cit.; PAVON VASCONCELOS, Francisco; Página 23

cuanto al bien jurídico protegido, es un delito de tipo simple, ya que el objeto de su tutela, está constituido por la vida humana; asimismo por cuanto a su naturaleza de los elementos que intervienen en la estructura del tipo, se le considera de tipo normal, ya que no existe el antecedente alguno sobre el propósito perseguido por el agente.

3.- Antijuridicidad. Es aquello que es contrario al derecho, "... es la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..." (20) El hecho de privar de la vida a otro resulta antijurídico, ya que esta conducta no encuentra justificación en la ley, por no constar de una causa que lo permita, ya que mientras no exista esta, seguirá teniendo el carácter de antijurídico hasta no demostrar lo contrario.

4.- Culpabilidad. Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, es decir, el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, ya sea por vía del desprecio del sujeto al orden jurídico. Esta norma de

(20) CASTELLANOS TENA, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Duodécima edición; Editorial Porrúa, S.A.;
Página 176

culpabilidad en el homicidio esta debidamente contemplada en el artículo 80. del Código Penal, el cual nos determina que el delito puede ser doloso o culposo, por lo que así se reconoce a las dos clásicas formas de culpabilidad.

5.- Punibilidad. Consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de cierta conducta, esto es, que el delito cometido se encuentra sancionado con una pena, sirviendo en consecuencia y a fin de cuantificar la pena correspondiente al tipo básico de homicidio.

B. El homicidio considerado como delito grave.

En el punto anterior ya vimos lo que es el homicidio, sus características y elementos del mismo, causas que nos conllevan a su configuración jurídica, pero ahora trataremos de determinarlo en cuanto a ser considerado como un delito grave, para lo cual lo veremos como un delito, a fin de poderlo contemplar dentro de las clasificaciones que al respecto se dan en nuestra legislación.

En nuestra legislación no se ve a los delitos en orden a su gravedad, pero si se ven conjuntamente como tales y que de alguna forma en orden a la conducta humana que

produce en el mundo físico, un conjunto de efectos naturales, es decir, la modificación que en el mundo externo al agente, tiene lugar como consecuencia de la acción u omisión de su voluntad; no dejando de olvidar que el objeto jurídico es la vida, como bien tutelado por la norma, y en base a este precepto podemos decir, que en el delito de homicidio, se está dañando al objeto principal de la norma jurídica y que es la vida misma, razón por demás importante para señalar que este delito es de suma gravedad.

En base a ello y tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones del delito. Según una división bipartita, solo distingue los delitos de las faltas; en cambio la clasificación tripartita entra en un análisis más amplio, y considera los crímenes, los delitos y faltas y contravenciones.

En este orden de importancia diremos que se consideran como crímenes, a los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social; y faltas o contravenciones, las infracciones a los Reglamentos de policía y buen Gobierno.

En nuestro país, el legislador no contempla ninguna clasificación, ya que solo se ocupa de los delitos en general, en donde se encuadran aquellos que en otros países son conocidos como crímenes, además de que la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas, aplicadas por autoridades de ese carácter.

Para el derecho, los elementos de hecho del homicidio tienen un carácter secundario para poder determinar la gravedad del delito, ya que lo trascendente para constituir el resultado típico es la muerte de la víctima. Esto no conlleva a estimar indispensable, que en la formación del concepto jurídico del resultado el efecto jurídico que la ley ha tomado en cuenta para integrar el tipo penal, o sea, que la privación de la vida es "...el efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal." (21)

Considero que la gravedad del delito debe estar en orden de la mutación del cambio en el mundo social y que como consecuencia, sobrevenga el cambio en el marco legal,

(21) PAVON VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LOPEZ, G.: Los delitos de Peligro para la vida y la Integridad corporal; Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S.A.; Pagina 10

es decir, que la conducta realizada tenga un carácter antijurídico y que afecte en forma directa al objeto jurídico protegido, produciendo una disminución o pérdida de éste bien tutelado.

Ya que el objeto materia del delito, es la persona física humana, única que puede ser sujeto pasivo del delito, además de que el bien jurídico tutelado por la norma, es la existencia y conservación de la vida de ese individuo. Tomando en cuenta que el homicidio es la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condición humana, razón por lo que se le considera como la infracción más grave. Retomando lo dicho por Manzini de que "... la vida humana es un bien de interés eminentemente social, público, y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la población formada por la unión de todos; la muerte violenta infligida violentamente a una unidad de esta suma, produce un daño público que debe ser prevenido y reprimido, aparte del mal individual en sí mismo, como hecho social dañoso." (22)

(22) CFR GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco; Derecho Penal Mexicano; Octava Edición; Editorial Porrúa, S.A.; Página 29

La tutela de la norma jurídica queda contenida en la protección por el interés social de la vida de los individuos que conforman una sociedad, por lo que la muerte violenta e injusta de uno de sus miembros, produce el mal público; considerando que este interés jurídico de proteger a la vida humana se antepone en orden al interés social, por necesidad lógica.

Con lo dicho podemos manifestar; que el delito de homicidio resulta ser de carácter grave por el orden del resultado, que es la pérdida del bien jurídico tutelado. La vida humana como tal, es la esencia de la prosecución de un pueblo, ya que si no existe humanidad, no hay en quien aplicar la norma jurídica, es decir, la normatividad esta creada por seres humanos, con el fin primordial de regular las realciones entre los individuos, evitando así que resuelvan por conveniencia propia, todo tipo de conflicto.

El homicidio es el delito más grave entre todos lo demás, ya que es el único que queda configurado hasta el momento en que se da la privación de la vida, pues es la hipótesis jurídica que nos marca el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a su resultado material, sin detenerse a contemplar bajo que circunstancias, en que lugar y en que momento debe de darse.

Nuestra finalidad al desarrollar este punto, es el de darnos cuenta que el delito de homicidio debe considerarse como grave, por el tipo de consecuencias que acarrea su cometido.

Nos referiremos al homicidio intencional, como aquel en donde el agente tiene la plena intención de cometer el delito, además de conocer perfectamente que resultado puede ocasionar su actuar o dejar de hacerlo, existiendo por tal, el nexo de causalidad entre uno y otro.

C. Consecuencias familiares y conflictos sociales ante esta situación

Ya hicimos un análisis jurídico de lo que es el homicidio, sus características y elementos para configurarse como tal, además de hacer una apreciación del orden que ocupa en cuanto a la gravedad de su resultado, llegando a la conclusión, desde un punto de vista particular, de que el homicidio es uno de los delitos más graves en nuestra legislación.

Con fundamento a la motivación expuesta, podemos decir, que el homicidio es considerado como un delito grave,

sea cual fuere su circunstancia de cometido, por afectar la vida humana, en virtud de que ésta en grupo concentra una familia, que a su vez forma parte de una sociedad, teniendo para todo tipo de relaciones entre los integrantes, una normatividad, misma que trae aparejada una sanción o pena para el que no la respete. Entonces si la base de la sociedad es la familia como núcleo del desarrollo social; el homicidio intencional entre cónyuges tiene como afectación social, la de tener un carácter desagradable, ya que aquella es considerada como el núcleo de convivencia principal de los individuos, en donde existe el amor, el respeto y la ayuda mutua, a fin de que su relación favorezca en su desarrollo, por lo que al momento de verse fracturada o disuelta por cualquier indole, socialmente se da un sentir de tristeza y lástima de que se vea truncada en su relación; pero cuando la familia se ve disuelta por un homicidio intencional entre cónyuges, el sentimiento subsiste pero con un carisma diferente, ya que este se ve como una crueldad y odio cometido por el conyuge culpable, teniendo en consecuencia la desaprobación social, hasta el límite de querer intervenir en la decisión de la pena a aplicarse, por lo que muchos quisieran que existiera la legalidad de la pena de muerte.

El conflicto familiar que representa el tener un

homicida en la familia, es en un principio vergonzoso en su aceptación, ya que no es muy agradable el tener este tipo de experiencias en una familia, máxime cuando sus principios morales son de tal estructura, que se ven afectados sus esfuerzos por entender esta situación.

Cabe comentar que en principio la familia a la que pertenece el cónyuge culpable, entra en una crisis de entendimiento del porque de lo sucedido, al grado que en algunas ocasiones hasta ve la conducta como reprochable, pero con posterioridad a los hechos, entra en una etapa de entendimiento de las cosas y comprende que aun y cuando su familiar es un homicida, es necesario que lo ayude a salir lo menos afectado posible, en el entendimiento que llega a creer que lo sucedido fue por culpa del sujeto pasivo.

Por lo que respecta a los hijos, es necesario decir, que estos entran en una situación de que tienen que irse con alguno de los parientes más cercanos, y si no se dieron cuenta de los hechos tratarán de no decírselos, a fin de no afectarlos en ese sentido; el hijo entra en una etapa de no entendimiento de las cosas, ya que con posterioridad saldrá afectado psicológicamente, al grado a veces de necesitar ayuda profesional.

Sabemos que este tipo de delito provoca

desaprobación social, sea cual fuere el motivo que lo origino, va que el proposito de la normatividad jurídica, es la de evitar estos descontroles sociales y regular las relaciones entre los integrantes de la comunidad, teniendo como fin principal, el de resguardar el orden y la tranquilidad social.

D. Eficacia del Derecho Familiar

Para que el derecho familiar sea eficaz debe contar con la facultad de lograr su fin determinado, que no es otra cosa que la de resguardar el orden y la integración de la familia, a fin de que el Estado intervenga en los casos que así lo amerite y le sea solicitado.

Retomando la consideración anterior, debemos de entender que la Patria Potestad, como institución, tiene como fin principal la de proteger los intereses del menor, para que su desarrollo como individuo integrante de una comunidad, sea favorable para formar un ciudadano productivo para el Estado al que pertenece, para lo cual otorgará a los padres, en principio, de un conjunto de derechos para poder obtener este fin, pudiendose allegar de medidas correctivas

para su mejor funcionamiento, pero no hay que olvidar que también se le imponen ciertos deberes que deberá cumplir con el propósito de su creación, que es la de proteger y cuidar el desarrollo del menor.

Podemos decir que en nuestra legislación, nuestro derecho familiar es eficaz, ya que contempla los aspectos más importantes que pueden presentarse en la relación entre los individuos que conforman una familia, pero cabe tomar en cuenta que los problemas que se derivan, no son consecuencia de la inexistencia de norma, que en algunos casos se da, sino del criterio aplicado para su resolución.

En lo que respecta al capítulo que se refiere a la patria potestad, este carece de especificaciones importantes, ya que creo que el mismo es muy general, pero no entra en detalle, cuando que esta institución debería de tener una reglamentación más amplia y rígida, ya que en lo referente a la pérdida de la patria potestad, que es el tema que nos ocupa, el artículo 444, en su fracción primera nos dice que esta se perderá cuando el que la ejerza se le condena a su pérdida; o cuando es condenado por dos o más veces por delitos graves. En este aspecto, quiero comentar que esta fracción no es específica, ya que no contempla el delito entre cónyuges y mucho menos el homicidio entre ellos, razón por demás importante para que los legisladores

reconsideren esta fraccion, o en el mayor de los casos adicione una fraccion más contemplando el caso concreto.

Yo creo que la efectividad del derecho familiar se concentra en que los encargados de aplicar la norma, se preocupen mas por proteger en realidad al menor, que en cuidar los intereses creados a través del desarrollo del asunto tratado.

C O N C L U S I O N E S

1.- La Patria Potestad debe considerarse como para lo que fue creado, como una institución del Derecho de Familia para la protección del menor, en función del ejercicio que llevará a cabo el que detenta este conjunto de facultades y deberes.

2.- Entender que esta institución necesita mayor amplitud en su normatividad, a fin de que tenga más especificaciones al respecto tomados de la experiencia judicial, tratando de ser más rígidos en cuanto a la aplicación de sanciones, para los que abusen de este poder.

3.- Adicionar el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro con una fracción más, misma que se refiera de manera directa al homicidio intencional cometido entre los cónyuges, como causal de la pérdida de la Patria Potestad.

4.- Adicionar la Legislación Penal a fin de que se contemple que en caso de presentarse este tipo de Homicidio, el Ministerio Público tome medidas pertinentes para la guarda y custodia de los menores, esto es, se de vista para promover ante el juez de lo familiar lo conducente y así se

tome la determinación al respecto.

5.- Tomar en consideración que este tipo de situaciones se dan con mucha frecuencia y es necesario que no se deje de contemplar que nuestro derecho debe de seguir teniendo el avance que necesita para no quedarse en el rezago jurídico, ya que esto implicaría seguir teniendo lagunas en la aplicación de la norma y como consecuencia estaríamos sujetos al criterio mal aplicado de algunos juzgadores.

BIBLIOGRAFIA

BONNECASE, Julien: Elementos de Derecho Civil; Tomo I; Cárdenas Editor y Distribuidor; 1985

CASTELLANOS TENA, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Duodécima Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1978

DE P. MORENO, Antonio: Curso de Derecho Penal Mexicano; Editorial Juz; México 1944

DE PINA, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; Editorial Porrúa, S.A.; México 1980

Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXI; Ancalo, S.A.; Buenos Aires, Argentina

FLORES GOMEZ G., Fernando; Introducción al Estudio del Derecho v Derecho Civil; Editorial Porrúa, S.A.; Mexico 1984

GALINDO GARFIAS, Ignacio; Derecho Civil; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A.; Mexico 1976

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco; Derecho Penal Mexicano; Octava Edición; Editorial Porrúa, S.A.; Mexico 1966

DE IBARROLA, Antonio; Derecho de Familia; Segunda Edición;
Editorial Porrúa. S.A.; México 1981

MENDIETA Y NÚÑEZ. Lucio; El Derecho Precolonial; Quinta
Edición; Editorial Porrúa. S.A.; México 1985

MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial;
Tomo III: Ediciones Jurídicas Europa - América; Buenos
Aires, Argentina

MONTERO DUHALT, Sara; Derecho de Familia; Tercera Edición;
Editorial Porrúa. S.A.; México 1987

PAVON VASCONCELOS, Francisco; Lecciones de Derecho Penal;
Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1982

PAVON VASCONCELOS, Francisco - VARGAS LOPEZ, G.: Los delitos
de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal; Cuarta
Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1981

PENICHE LOPEZ, Eduardo; Introducción al Derecho y Lecciones
de Derecho Civil; XVII Edición; Editorial Porrúa. S.A.;
México 1983

PETIT, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano:
Editorial Albatros: Argentina 1954

PLANIOL, Marcel: Tratado Elemental de Derecho Civil: Tomo 1.
2: Editorial Cajica, S.A.

ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil
(Introducción. Personas v Familia): Tomo I: Editorial
Porrua, S.A.; Mexico 1977

SANCHEZ, Jorge A. - CORDERO DAVILA: Derecho Civil: Instituto
de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.: Mexico 1983

SOTO ALVAREZ, Clemente: Prontuario de Introducción al
Estudio del Derecho v Nociones de Derecho Civil: Tercera
Edición: Editorial Limusa: Mexico 1984

VALENCIA ZEA, Arturo; Derecho Civil; Tercera Edición: Temis:
Bogotá 1967

CODIFICACION CONSULTADA

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL

REGLAMENTO INTERIOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL